

# Avbestilling, endring og overføring av ytelser under kontrakten til en annen entreprenør.

Kompetanse- og konsekvensspørsmål etter NS 8405 og NS 8407.

Kandidatnummer: 629

Leveringsfrist: 26.11.2012

Antall ord: 15 554



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>OPPGAVENS OVERORDNEDE PROBLEMSTILLINGER .....</b>	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>RETTSKILDENE.....</b>	<b>2</b>
2.1	Standardkontrakter.....	2
2.2	Lovgivning.....	3
2.3	Rettspraksis.....	5
2.4	Kommentarutgaver .....	5
2.5	Øvrig juridisk litteratur .....	6
2.6	Byggebransjens Faglig Juridisk Råd .....	6
<b>3</b>	<b>FØRSTE DEL: REDUKSJONER .....</b>	<b>7</b>
3.1	Innledning .....	7
3.2	Partenes motstridende interesser.....	7
3.3	Forholdet mellom avbestilling og endring.....	8
3.3.1	Reduksjonens omfang .....	8
3.3.2	Tidspunktet for vurderingen.....	9
3.4	Byggherrens reduksjonskompetanse .....	10
3.5	Konsekvensene for vederlaget.....	12
3.6	Overføring av den uttatte ytelsen til en annen entreprenør.....	13
3.6.1	Overføring etter avbestilling .....	13
3.6.2	Overføring etter en negativ endring .....	16
<b>4</b>	<b>ANDRE DEL: ØVRIGE ENDRINGER.....</b>	<b>21</b>
4.1	Innledning .....	21
4.2	Partenes motstridende interesser.....	21
4.3	Grensene for byggherrens endringskompetanse .....	22
4.4	Valg av entreprenør for endringsarbeidene .....	26

4.4.1	Innenfor byggherrens endringskompetanse .....	26
4.4.2	Ved endringer over 15 % .....	28
4.4.3	Ved endringer som ellers ligger utenfor byggherrens endringskompetanse .....	30
4.4.4	Konsekvensene for vederlaget etter pkt. 4.4.3 .....	31
4.5	Tidspunktet for vurderingen .....	32
4.6	Unntak fra erstatningsplikten.....	34
<b>5</b>	<b>TREDJE DEL: VEDERLAG OG OPPGJØR.....</b>	<b>37</b>
5.1	Innledning.....	37
5.2	Vederlagsjustering ved endringer .....	38
5.2.1	Anvendelige enhetspriser .....	39
5.2.2	Justerte enhetspriser .....	41
5.2.3	Regningsarbeider.....	43
5.3	Erstatning.....	45
5.3.1	Tapets omfang.....	45
5.3.2	Tapsbegrensning .....	47
5.3.3	Tapt omsetningsvolum .....	48
5.4	Oppgjør for utført arbeid og erstatning.....	50
<b>6</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>53</b>

## **1 Oppgavens overordnede problemstillinger**

I de entrepriserettslige standardkontrakter gis byggherren en omfattende kompetanse til ensidig å endre arbeidet under kontrakten. Dette utgjør et unntak fra den avtalerettslige hovedregel om at avtaler skal holdes, og oppfylles etter sitt innhold, og er en særegenhet ved et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold. I denne oppgaven skal jeg se nærmere på et utvalg problemstillinger tilknyttet byggherrens endringskompetanse, og de vederlagsmessige konsekvensene endringene medfører. Jeg skal også behandle byggherrens kompetanse til å overføre ytelser under kontrakten til andre entreprenører, samt de vederlagsmessige konsekvensene av dette. Temaene er omfattende, så noen typetilfeller danner utgangspunktet for den videre behandlingen.

I oppgavens første del (kap. tre) tar jeg utgangspunkt i de endringene som består av rene reduksjoner. Byggherrens kompetanse til å redusere kontraktens omfang vil her bli behandlet. Jeg skal deretter se på om byggherren, etter en reduksjon, kan sette den samme ytelsen bort til en annen entreprenør, eller om dette vil utgjøre et mislighold.

I oppgavens andre del (kap. fire) skal jeg se nærmere på byggherrens kompetanse til ellers å endre arbeidet under kontrakten. Jeg skal deretter se på om entreprenøren alltid har et krav på å få utføre endringsarbeidene, eller om byggherren har anledning til å overføre disse til andre entreprenører. Konsekvensene for vederlaget vil bli behandlet for alle de ovennevnte problemstillinger.

I oppgavens tredje del (kap. fem) skal jeg se nærmere på de økonomiske konsekvensene av problemstillingene som har blitt reist i oppgavens første og annen del. Særlig gjelder dette hvordan entreprenørens vederlag skal beregnes ved endringer, og hvordan en eventuell erstatning for entreprenørens tap skal utmåles. Avslutningsvis vil jeg også se på hvordan oppgjøret skal foretas der byggherren avbestiller etter at arbeidet er påbegynt.

## **2 Rettskildene**

### **2.1 Standardkontrakter**

To av de mest sentrale standardkontraktene på entrepriserettens område er NS 8405:2008 og NS 8407:2011. Førstnevnte brukes i kontraktsforhold der det vesentlige av prosjektering leveres av byggherren, mens sistnevnte brukes ved totalentreprise, der entreprenøren påtar seg hele eller det vesentlige av både prosjektering og utførelse av bygge- og anleggsarbeidene.

Standardene er utarbeidet av en rekke organisasjoner og institusjoner på både byggherre- og entreprenørsiden. I forordet til NS8405 heter det at «[s]tandarden gir uttrykk for hva de ovennevnte organisasjoner og institusjoner er blitt enige om som alminnelige kontraktsbestemmelser for utførelse av større bygg og anleggsarbeider. Det er de ovennevnte organisasjoners forutsetning at standarden anvendes uten andre endringer eller avvik enn de standarden selv åpner for, bortsett fra dem som er nødvendige på grunn av spesielle forhold ved det enkelte prosjekt». Standardene er derfor svært sentrale i entrepriseretten, de er hyppig i bruk, og som regel blir de lagt til grunn uten endringer. I tillegg gir de ofte uttrykk for det som uansett ville fulgt av bakgrunnsretten. Disse momentene gjør standardene til relevante rettskildefaktorer.

Der kontraktspartene avtaler å legge en av standardene til grunn, blir dennes bestemmelser en del av kontraktsvilkårene. Hvorvidt standardene er gjort til del av avtalen mellom partene må vurderes konkret, og er en problemstilling som faller noe på siden av det som skal behandles her. Jeg nevner like vel at et minimum, med grunnlag i etablerte prinsipper for avtaleslutning, må være at standarden er nevnt i kontraktsgrunnlaget, eller at det er klart forutsatt mellom partene at den skal inngå. Etter rettspraksis å dømme er det forholdsvis lite som skal til. I Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse inntatt i Rt.1991.773 ble en kort henvisning til NS 3401 ansett for å være tilstrekkelig til at denne var vedtatt inntatt.

Når det gjelder tolkning av standardenes bestemmelser, så legges det særlig stor vekt på en teksttro fortolkning. Med dette menes en fortolkning som ligger så tett som mulig opp mot en naturlig, språklig forståelse av ordlyden. I dommen inntatt i Rt.2010.1345 uttaler Høyesterett at ”for kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkingsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, jf. Rt-2000-806, 2002 side 1155 og 2003 side 1132. Dette gjelder i særlig grad for spørsmål som er regulert av standardkontrakter som er blitt til ved forhandlinger mellom interesseorganisasjoner”. Dette uttales i forbindelse med tolkning av en bestemmelse i NS 3430, forgjengeren til NS 8405, og treffer derfor godt i forhold til standardkontraktene som er sentrale i denne oppgaven.

Selv om man legger en teksttro fortolkning til grunn, vil det i mange tilfeller være et ytterligere rom for fortolkning. Bestemmelsene er ofte ikke tilstrekkelig presist formulert, og som med andre kodifikasjoner ville teksten blitt svært omfangsrik dersom man hadde hatt absolutt språklig presisjon som mål. Når ikke ordlyden gir et klart svar blir andre rettskildefaktorer relevante argumentbærere. Det kan også dukke opp problemstillinger som ikke er regulert i standardene. Dette vil ofte være problemstillinger som standardenes forfattere ikke har hatt i tankene å regulere, eller der man har oppfattet det som uproblematisk å legge bakgrunnsretten til grunn. Bestemmelsene må da utfylles med argumenter fra andre rettskildefaktorer.

## **2.2 Lovgivning**

Rettskildebildet i entrepriseretten er ikke spesielt rikt. Vi har lover som regulerer entreprisekontrakter, men disse gjelder kun for forbrukerentreprise, det vil si der byggherren er en forbruker. Både håndverkertjenestelova og bustadoppføringslova har bestemmelser som sammenfaller med de i NS 8405, og som Marthinussen m.fl. legger til grunn vil forarbeidene til disse lovene kunne gi en viss veiledning der bestemmelsene er

like eller tilnærmet like<sup>1</sup>. I entrepriserettslig teori anvender for eksempel Mestad argumenter fra de mer utfyllende avbestillingsbestemmelsene i bustadoppføringsloven når han drøfter de mer kortfattede avbestillingsbestemmelsene i NS 8405<sup>2</sup>. Et sentralt moment her er at både lovene og standardkontraktene henter mye av sitt innhold fra samme kilde, nemlig den entrepriserettslige bakgrunnsretten.

I forhold til de nevnte lovene bør et viktig poeng bemerkes. En del bestemmelser reflekterer at man har ønsket å styrke forbrukerens rettigheter i forhold til hva byggherren normalt har krav på. Dette skjer naturlig nok på bekostning av entreprenørens rettigheter, og styrkeforholdet i disse lovene kan derfor være et litt annet enn i standardene eller etter bakgrunnsretten. I forarbeidene til bustadoppføringsloven er dette kommentert flere steder, og det sies blant annet i relasjon til avbestillingsbestemmelsene jeg kommer tilbake til senere i oppgaven, at "[e]it klart døme på regulering som ikke ville høve for avtalar mellom næringsdrivande eller for avtalar mellom forbrukarar, er avbestillingsreglane, der risikoen for nokre omstende som etter vanlege kontraktreglar må liggje hos byggherren, er overført til entreprenøren"<sup>3</sup>. Dette er av stor betydning for den rettskildemessige vekten slutninger fra disse bestemmelsene kan tillegges.

At lovkodifikasjonene kan være relevans er imidlertid klart, og de kan også gi uttrykk for bakgrunnsrett på områder der standardene er tause. Kåre Lilleholts bok "Avtale om ny bustad" (2001), en kommentarutgave til et utvalg bestemmelser i bustadoppførings- og avhendingslova, drøfter i flere tilfeller også forholdet til NS 3430, og kan således være en relevant rettskilde.

---

<sup>1</sup> Marthinussen m.fl. s. 51

<sup>2</sup> Mestad i *På rett grunn. Festschrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett*.

<sup>3</sup> NOU 1992:9 s. 28

## **2.3 Rettspraksis**

Det foreligger relativt lite rettspraksis på entrepriserettens område. Dette skyldes først og fremst at tvistene som oppstår ofte løses på andre måter enn for domstolene, for eksempel ved mekling og forlik. Etter tidligere standarden var det vanligere enn i dag med voldgift, og voldgiftsavgjørelser, i alle fall før voldgiftsloven trådte i kraft i 2005, ble nokså sjelden publisert. Etter den nye loven publiseres avgjørelsene dersom partene ikke eksplisitt ønsker noe annet, hvilket har medført et noe økt tilfang av voldgiftsavgjørelser. Hvor stor rettskildemessig vekt man kan legge på voldgiftsavgjørelser er ikke gitt, men hvis man skal trekke en parallell til juridisk teori og underrettspraksis, så kan nok et utgangspunkt være at man må vurdere momenter som kvaliteten av utsagnene i dommene, og hvem de stammer fra, for å kunne si noe om hvilken vekt disse skal ha. Hva gjelder rettspraksis, så foreligger det noe, og i sær avgjørelsene fra Høyesterett vil her være relevante. Også underrettspraksis kan inneholde relevant argumentasjon, men den rettskildemessige vekten av denne må vurderes konkret.

## **2.4 Kommentirutgaver**

Til NS 8405 foreligger det to kommentarutgaver; Kolrud m.fl. (2004) og Marthinussen m.fl. (2010). Kolruds utgave kommenterer NS 8405:2004, mens Marthinussen kommenterer NS 8405:2008. Ved revisjonen av standarden i 2008 ble det gjort en del endringer, særlig i kapittel IV om endringer og bestemmelser om byggherrens medvirkning, som er relevant for denne oppgaven. Bestemmelsene som her skal behandles er imidlertid innholdsmessig like i de to utgavene, så også Kolruds kommentarer har relevans. Kommentarenes rettskildemessige vekt må for øvrig vurderes ut fra deres kvalitet, og i forhold til rettskildebildet for øvrig. Også kommentarer til tidligere standarder, for eksempel Tore Sandviks kommentarutgave til NS 3401 (1977) og Kolruds til NS3430 (1992), kan være relevant der bestemmelsene i den anvendte standarden samsvarer med den tidligere reguleringen, eller der spørsmålet gjelder innholdet i bakgrunnsretten.



## **2.5 Øvrig juridisk litteratur**

For øvrig foreligger det en del relevant litteratur på entrepriserettens område. Blant annet kan nevnes Tore Sandviks "Entreprenørrisikoen" (1966), og Jan Einar Barbos omarbeidede doktoravhandling "Kontraktomlegging i entrepriseforhold" (1997). Også festskriftet til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett, "På rett grunn" (2010), som inneholder en rekke artikler om diverse entrepriserettslige emner, bør nevnes. Særlig vil Ola Mestads artikkel herfra, kalt "Avbestilling i entreprisekontraktar", bli referert til i denne oppgaven.

## **2.6 Byggebransjens Faglig Juridisk Råd**

En siste rettskildefaktor som må nevnes er uttalelser fra Byggebransjens Faglig Juridisk Råd (BFJR). Rådet gir uttalelser til omtvistede spørsmål partene forelegger det, og omtaler seg selv som et "tvisteløsnings- og responsumorgan for bygge- og anleggsnæringen over hele Norge". Ved å gi uttalelser fungerer rådet som en oppmann for partene, og avgjørelsene publiseres. Høyesterett har selv gjort bruk av uttalelser herfra som rettslig argument, for eksempel i Rt.1998.656, den såkalte Veidekke-dommen, der retten sluttet seg til rådets uttalelser i BFJR sak nr. 505 (2000). En informasjonsmessig styrke ved uttalelsene fra BFJR er at de ofte gjør rede for hva som er gjengs oppfatning og praktisering av standardenes bestemmelser i bygg- og anleggsbransjen, men også her tillegges naturligvis standardenes ordlyd høy, og som regel avgjørende, vekt.

### **3 Første del: Reduksjoner**

#### **3.1 Innledning**

I denne delen av oppgaven skal jeg se nærmere på de endringene som består av rene reduksjoner av arbeidet under kontrakten. Byggherrens kompetanse til å redusere kontraktens omfang vil bli gjort rede for, og jeg skal deretter se på om byggherren, etter en reduksjon, kan sette den samme ytelsen bort til en annen entreprenør, eller om dette vil utgjøre et mislighold. Konsekvensene for vederlaget vil bli behandlet for begge problemstillinger.

Jeg nevner for ordens skyld at det er byggherrens ønskede reduksjoner som her skal behandles. Andre reduksjoner av arbeidet under kontrakten, som for eksempel ved massereguleringer, avgrenser jeg mot.

#### **3.2 Partenes motstridende interesser**

Det kan være flere grunner til at byggherren ønsker å redusere omfanget av kontrakten. De mest opplagte tilfellene finner vi der forutsetningene for prosjektet endres, og byggherren derfor ikke lenger ønsker eller trenger den aktuelle ytelsen. I entrepriseretten møter vi ofte store og kostbare prosjekter, og det er sjelden en god løsning at byggherren må gjennomføre et prosjekt som han ikke lenger har bruk for. Sterke reelle hensyn tilsier da at byggherren skal ha en reduksjons- eller avbestillingsrett.

På den andre side har entreprenøren som regel en sterk interesse av å oppfylle. Først og fremst er denne økonomisk, og hvis byggherren kan avbestille uten at entreprenøren får dekket sitt tap, vil det være en betydelig asymmetri mellom partenes stilling. Resultatet vil da ligge fjernt fra prinsippet om at avtaler skal oppfylles etter sitt innhold. Entreprenøren vil imidlertid langt på vei bli hjulpet dersom han får erstattet den positive kontraktsinteresse, altså ved å bli stilt økonomisk som om avtalen var blitt oppfylt. Som vi skal se tar standardene stilling til dette spenningsforholdet mellom partenes interesser, ved at entreprenøren ved reduksjoner av en viss størrelse gis krav på full erstatning for sitt tap.

En annen begrunnelse for reduksjoner av arbeidet kan være at byggherren ikke lenger ønsker ytelsen utført av akkurat den entreprenøren han har inngått avtale med. Han ønsker fortsatt ytelsen, men vil ha den utført av en annen entreprenør. Begrunnelsene for dette kan være både økonomiske og ideelle, men de sterke reelle hensynene som tilsier at byggherrens skal ha en avbestillingsrett gjør seg i langt mindre grad gjeldende her. I tillegg reiser dette spørsmål om illojalitet og misbruk. Som vi skal se tar standardene i mer begrenset grad stilling til om rettsvirkningene i disse tilfellene blir annerledes enn ved "rene" avbestillinger eller reduksjoner.

### **3.3 Forholdet mellom avbestilling og endring**

#### **3.3.1 Reduksjonens omfang**

Dersom byggherren reduserer arbeidet under kontrakten, vil reduksjonen etter NS 8405 og NS 8407 bli karakterisert enten som en endring eller som en avbestilling. Som det vil fremgå av den videre fremstillingen er resultatet av betydning for hvordan entreprenørens vederlag skal beregnes, og det er kun for avbestillingstilfellene at standarden uttrykkelig regulerer rettsvirkningene av at byggherren overfører ytelsen til en annen entreprenør. Jeg skal derfor si litt om hvordan standardene regulerer forholdet mellom avbestillinger og endringer, og jeg vil legge todelingen til grunn for den videre fremstillingen i denne delen av oppgaven.

Det rettslige grunnlaget finner vi i NS 8405 pkt. 38.1 tredje ledd og i NS 8407 pkt. 44 annet ledd. Selv om bestemmelsen har fått en noe ulik ordlyd i de to standardene, er de innholdsmessig like. I NS 8405 pkt. 38.1 tredje ledd heter det at

*[d]ersom reduksjonen av entreprenørens samlede vederlag etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider er mindre enn 15 % av kontraktssummen, skal reduksjonen alltid behandles etter bestemmelsene om endringer. Dersom reduksjonen blir 15 % av kontraktssummen eller mer, anses hele reduksjonen som delvis avbestilling.*

Av dette følger det at reduksjonen skal klassifiseres utelukkende ut fra volumet av de samlede endringene, og at det er effekten på vederlaget, i forhold til kontraktssummen, som

er bestemmende. Som Marthinussen m.fl. bemerker er avbestilling dermed ikke definert som en egen handling, men som en karakteristikk av at netto endringer medfører en reduksjon av kontraktssummen på 15 % eller mer i forhold til det avtalte<sup>4</sup>. Dette gjør forholdet mellom endringer og avbestillinger svært nært.

At det er netto effekt av endringene som er avgjørende innebærer at flere negative endringer, som hver for seg ikke når 15 %-grensen, til sammen kan bli regnet som en (delvis) avbestilling. Negative endringer kan også veies opp for av positive endringer, altså endringer som medfører tillegg til kontrakten. Av bruken av ordet *hele* i bestemmelsens siste punktum fremgår det klart at dersom reduksjonen blir større enn 15 %, så skal den totale reduksjonen, og ikke bare det over 15 %, anses som en delvis avbestilling<sup>5</sup>.

En forutsetning for å kunne foreta vurderingen over er at man har en kontraktssum å forholde seg til. Det er reduksjonen størrelse i forhold til denne som er bestemmende for klassifiseringen. Kontraktssummen er etter NS 8405 pkt. 2.8 og NS 8407 pkt. 1.6 det opprinnelig avtalte vederlaget, og i de tilfellene man har en fastpris for kontraktsarbeidet er denne det klare utgangspunkt. Dersom kontrakten inneholder ytelser som skal avregnes etter enhetspriser eller etter regning, skal kontraktssummen etter bestemmelsene over være det opprinnelig avtalte *anslaget* over vederlaget.

### 3.3.2 Tidspunktet for vurderingen

Ettersom det er netto reduksjon av arbeidet som er avgjørende, vil ikke vurderingen av om det foreligger endring eller avbestilling være gjennomførbar så lenge byggherren fremdeles har anledning til å pålegge endringer eller å avbestille. Først når byggherren ikke lenger har denne kompetansen vil man kjenne nettoeffekten. Etter standardenes system opphører byggherrens endringskompetanse ved overtakelsen, og det er i praksis ved sluttoppgjøret at

---

<sup>4</sup> Marthinussen m.fl. s. 633.

<sup>5</sup> Spørsmålet var omdiskutert etter tidligere standarder, men ordlyden er nå helt klar.

man har full oversikt over de vederlagsmessige konsekvensene. Hvordan reduksjonen klassifiseres vil dermed utelukkende ha konsekvenser for vederlaget, ikke for byggherrens kompetanse til å redusere omfanget av arbeidet. For reduksjonstilfellene er tidspunktet for vurderingen av endringenes omfang derfor forholdsvis uproblematisk, i motsetning til for andre typer endringer, hvilket jeg kommer tilbake til i oppgavens andre del.

### **3.4 Byggherrens reduksjonskompetanse**

Hovedreglene om byggherrens endrings- og avbestillingskompetanse finner vi i NS 8405 pkt. 22.1 og 38.1, og i NS 8407 pkt. 31.1 og 44. Selv om det er språklige og strukturelle forskjeller mellom bestemmelsene i de to standardene, er de innholdsmessig like. For oversiktens skyld, og som et grunnlag for den videre gjennomgangen, gjengir jeg bestemmelsene i NS 8405 her.

#### *22.1 Retten til å pålegge endringer*

- (1) Byggherren kan ved endringsordre pålegge entreprenøren endringer.*
- (2) En endring kan gå ut på at entreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelige avtalte, at ytelsenes karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå.*
- (3) En endring må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet. Er ikke annet avtalt, kan ikke byggherren pålegge entreprenøren endringer ut over 15% netto tillegg til kontraktsummen.*
- (4) Avvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse på poster som skal avregnes etter enhetspriser (regulerbare poster), utgjør ingen endring med mindre avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten.*

### 38.1 Avbestilling

- (1) Byggherren har rett til å avbestille hele eller deler av kontraktarbeidet.*
- (2) Avbestilling skal foretas skriftlig i så god tid som mulig.*
- (3) Dersom reduksjonen av entreprenørens samlede vederlag etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider er mindre enn 15% av kontraktssummen, skal reduksjonen alltid behandles etter bestemmelsene om endringer.*
- (4) Dersom reduksjonen blir 15% av kontraktssummen eller mer, anses hele reduksjonen som delvis avbestilling. Ved avbestilling har entreprenøren krav på erstatning for det økonomiske tapet han lider som følge av avbestillingen.*
- (5) Inntil overtakelse har skjedd, kan avtalte ytelser ikke utføres av andre entreprenører, med mindre entreprenøren har misligholdt sin plikt til å utbedre etter 11.2.*

Av bestemmelsenes første ledd følger det at byggherren har rett til hhv. å pålegge endringer og å avbestille. Av pkt. 22.1 annet ledd følger det at endringene kan gå ut på at avtalte ytelser skal utgå. Etter dette er byggherrens rett til å redusere omfanget av kontrakten ubegrenset.

I pkt. 22.1 annet ledd og tredje oppstilles det en rekke vilkår for byggherrens endringskompetanse. Disse er ikke relevante der endringene består av rene reduksjoner, og vil ikke bli behandlet her. Jeg kommer tilbake til disse i oppgavens pkt. 4.3.

For avbestillinger følger det av pkt. 38.1 første ledd at denne kan være hel eller delvis. Avbestillingen vil kun være hel dersom hele arbeidet avbestilles før det er påbegynt. Etter at arbeidet er påbegynt vil avbestillingen kun gjelde for det resterende, og den vil da måtte

klassifiseres som delvis<sup>6</sup>. Delvis vil avbestillingen naturlig nok også være dersom det kun er en del av den resterende ytelsen som avbestilles.

I pkt. 38.1 annet ledd oppstilles det et skriftlighetskrav, og det samme følger for endringers del av pkt. 22.3 første ledd. For avbestillingene oppstilles det også et krav om at avbestillingen skal foretas i så god tid som mulig. Som Mestad skriver kan det nok være vanskelig å gi reell virkning til dette vilkåret<sup>7</sup>, men her vil formodentlig entreprenøren kunne ha krav på erstatning for utgifter som ville vært unngått, dersom melding om avbestillingen var gitt før<sup>8</sup>. På selve avbestillingskompetansen har bestemmelsen dog ingen innvirkning, den er kun en ordensforskrift.

### **3.5 Konsekvensene for vederlaget**

For avbestillingstilfellene, altså ved reduksjoner på 15 % av kontraktssummen eller mer, følger det av pkt. 38.1 fjerde ledd at entreprenøren har krav på erstatning for det økonomiske tapet han lider som følge av avbestillingen. Standarden oppstiller ingen unntak. I bustadoppføringsloven reguleres dette litt annerledes, og byggherren blir ikke her uten videre erstatningspliktig overfor entreprenøren. I lovens §52 fjerde ledd heter det:

*Skadebot etter tredje ledd kan likevel ikkje krevjast dersom avbestillinga kjem av at forbrukaren ikkje kan gjere seg nytte av arbeidet, yte nødvendig medverknad eller betale på grunn av ei hindring som ligg utanfor forbrukarens kontroll, og det ikkje er rimeleg å vente at forbrukaren kunne ha rekna med hindringa på avtaletida, eller at forbrukaren skal unngå eller overvinne følgjene av hindringa.*

---

<sup>6</sup> Om konsekvensene dette har for oppgjøret, se pkt. 5.4.

<sup>7</sup> Mestad s. 331.

<sup>8</sup> Dette vil nok også følge av at partene både på ulovfestet grunnlag og etter NS 8405 pkt. 5 og NS 8407 pkt. 3 har en gjensidig lojalitetsplikt.

Unntakene fra erstatningsplikten er her motivert av forbrukerhensyn, og verken ordlyden i standardene eller andre relevante rettskildefaktorer skulle tilsi at tilsvarende gjelder i næringsentreprise<sup>9</sup>.

For endringstilfellene, altså ved reduksjoner på under 15 % av kontraktssummen, er regelen en ganske annen. Entreprenøren gis ikke her rett til erstatning. Tvert i mot er regelen etter NS 8405 pkt. 25.7 og NS 8407 pkt. 34.3.1 at det skal skje en reduksjon av vederlaget etter kontraktens enhetspriser, der disse er anvendelige, og ellers, etter NS 8405 pkt. 25.1 og NS8407 pkt. 34.1.1, en reduksjon av vederlaget tilsvarende besparelsen fradraget har ført til, samt en korresponderende reduksjon av fortjenesten. Det sier seg selv at entreprenøren normalt vil komme langt dårligere ut av det ved endringer enn ved avbestillinger. For en grundigere behandling av de vederlagsmessige konsekvensene av endringer og erstatning, se oppgavens pkt. 5.2 og 5.3.

Etter å ha sett på hvilke regler som gjelder for de rene reduksjoner, skal jeg nå se på de tilfellene der byggherren setter den uttatte ytelsen bort til en annen entreprenør.

### **3.6 Overføring av den uttatte ytelsen til en annen entreprenør**

#### **3.6.1 Overføring etter avbestilling**

Byggherren kan av ulike grunner ønske å sette en ytelse under kontrakten bort til en annen entreprenør. Motivasjonen vil som regel være økonomisk, ved at en annen entreprenør kan utføre jobben til en lavere pris, men det kan også hende at han av andre grunner ønsker at en bestemt annen entreprenør utfører arbeidet. Det kan også være at byggherren ikke lenger har tillitt til den opprinnelige entreprenøren. Jeg nevner for ordens skyld at entreprenøren aldri har et krav på å få oppfylle kontrakten in natura. I juridisk teori, for eksempel hos Barbo, legges det klart til grunn at dette er en grunnfestet regel som blant annet er utledet

---

<sup>9</sup> Se sitatet fra NOU 1992:9 gjengitt under oppgavens pkt. 2.2.



av den svært vide avbestillingsretten<sup>10</sup>. Et mislighold fra byggherrens side vil derfor kun ha vederlags- eller erstatningsmessige konsekvenser.

For avbestillingstilfellene er det i NS 8405 pkt. 38.1 femte ledd og NS 8407 pkt. 44 fjerde ledd tatt inn en bestemmelse som regulerer byggherrens adgang til å sette en avtalt ytelse bort til en annen leverandør. Bestemmelsen ble gjengitt over, men jeg gjentar den her. I NS 8405 heter det:

*Inntil overtakelse har skjedd, kan avtalte ytelser ikke utføres av andre entreprenører, med mindre entreprenøren har misligholdt sin plikt til å utbedre etter 11.2.*

Unntaket som gjelder entreprenørens mislighold går jeg ikke nærmere inn på her. Bestemmelsen innbyr for øvrig til antitetisk tolkning. Det følger da at *etter* overtakelsen kan andre entreprenører utføre de avbestilte ytelsene. Denne fortolkningen legges også til grunn i begge kommentarutgavene, samt i teorien<sup>11</sup>. En konsekvens av dette er at det ikke har noen betydning for rettsvirkningene, i forhold til hva som følger ved ”rene” avbestillinger, at byggherren overfører ytelsen til en annen entreprenør, så lenge dette skjer etter overtakelse. Han må uansett svare erstatning.

Disse tilfellene ble drøftet i et lojalitets- og misbruksperspektiv under forhandlingene som ledet frem til vedtagelsen av NS 8405. Kolrud m.fl. skriver at ”delvis avbestilling [kan] legge veien åpen for byggherrens utplukk av enkelte deler som avbestilles, for så å overføres til andre entreprenører. Dette må betraktes som et misbruk av avbestillingsreglene. Bestemmelsen i pkt. 38.1 siste ledd er utformet for å hindre eller begrense slik misbruk [...]”<sup>12</sup>. Videre skrives det at ”[d]et var ikke stor uenighet mellom partene i revisjonsforhandlingene angående NS 3430 at slik utplukk ville være et misbruk”,

---

<sup>10</sup> Barbo s. 93.

<sup>11</sup> Mestad.

<sup>12</sup> Kolrud m.fl. s. 378.

og at "[d]ette vil nok på grunn av ventetiden hindre en del misbruk, men bortsetting til andre etter overtakelse vil fortsatt kunne ses på som et misbruk av avbestillingsreglene". Like etter sies det at "[e]tter pkt. 38.1 femte ledd er dette imidlertid tillatt"<sup>13</sup>. Med andre ord ble denne type disposisjoner ansett å være illojale, men de utgjør et mislighold som ikke kan gjøres gjeldende så lenge vilkårene i bestemmelsen ellers er oppfylt.

At overføringen til en annen entreprenør ikke kan skje før overtakelse har skjedd, er således kun en forsinkningsmekanisme. Hva som ligger i begrepet *overtakelse* fremgår imidlertid ikke klart av ordlyden. Hvis det her refereres til den samlede overtakelsen av hele kontraktsarbeidet, så er bestemmelsen grei å forholde seg til. Etter NS 8405 pkt. 32.7 og NS 8407 pkt. 37.5 er byggherren imidlertid gitt en rett til delovertakelse etter å ha drøftet dette med entreprenøren. Da kan vi tenke oss tilfeller der byggherren krever delovertakelse av den delen av prosjektet som det har blitt foretatt reduksjoner i, for så å sette den reduserte ytelsen bort til en annen entreprenør. Mestad går langt i å hevde at bestemmelsen må forstås dithen at arbeidet ikke kan settes bort før også resten av kontrakten er overtatt<sup>14</sup>. Formålet med bestemmelsen var jo nettopp å legge inn en forsinkelsesmekanisme, og denne vil bli så godt som uthullet hvis man går langt i å tillate delovertakelse av den reduserte ytelsen. Også Kolrud m.fl. behandler problemstillingen, og skriver at

*"[d]et fastsettes her at "inntil overtakelse har skjedd, kan avtalte ytelser ikke utføres av andre entreprenører ...". Det er ikke helt enkelt å se hensikten med denne formuleringen. Dersom hele det resterende arbeid avbestilles, må det jo holdes en form for overtakelse og dermed er sperren mot misbruk lite effektiv. Dreier det seg derimot om en delvis avbestilling, gir det mening at det ikke kan settes bort arbeid til andre entreprenører før overtakelse av det arbeidet som ikke er avbestilt har skjedd. Ettersom faren for misbruk knytter seg til den delvise avbestillingen, er dette greit nok.. Byggherren må altså vente til etter overtakelsen før han kan sette bort avbestilt arbeid til andre entreprenører"*<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Kolrud m.fl. s. 380.

<sup>14</sup> Mestad s. 335.

<sup>15</sup> Kolrud m.fl. s. 380.

Rettskildebildet trekker ganske klart i retning av en innskrenkende fortolkning av pkt. 38.1 femte ledd, og at en overtakelse av resten av kontrakten derfor må finne sted før den uttatte ytelsen kan overføres til en annen entreprenør. Overføringen vil ellers utgjøre et mislighold.

### 3.6.2 Overføring etter en negativ endring

Som vist er konsekvensene for vederlaget forskjellige ved negative endringer og ved avbestillinger. Ved negative endringer skal vederlaget reduseres, mens byggherren ved en avbestilling må svare erstatning. Spørsmålet jeg nå skal se på er om dette skillet kan opprettholdes der byggherren setter den uttatte ytelsen bort til en annen entreprenør, eller om han også ved reduksjoner på mindre enn 15 % av kontraktssummen kan måtte svare erstatning.

Ordlyden i standardene peker i retning av at skillet skal opprettholdes. I NS 8405 pkt. 38.1 tredje ledd og NS8407 pkt. 44 annet ledd heter det at reduksjoner under 15% av kontraktssummen *alltid* skal behandles etter reglene om endringer. Bestemmelsene ser derfor ikke ut til å åpne for unntak. Ettersom overføringstilfellene er regulert for avbestillinger, men ikke for mindre reduksjoner, kan man også stille spørsmål ved om dette gir grunnlag for å slutte at endringstilfellene skal løses på en annen måte. Denne problemstillingen er ikke omtalt i kommentarutgavene eller i juridisk teori, og grunnlaget for å trekke en slik motsetningsslutning er nok noe tynt.

Andre bestemmelser i standardene kan være relevante. Av ordlyden i pkt. 22.1 annet ledd følger det at endringen kan bestå i at en ytelse *utgår*. Ved å legge en mer begrepsjuridisk tilnærming til grunn kan man spørre om ytelsen faktisk utgår hvis den skal utføres av en annen entreprenør. Kanskje er vi da utenfor reglene om endringer, og må løse spørsmålet etter (analogi fra) avbestillingsreglene. Videre har partene etter NS 8405 pkt. 5 og NS 8407 pkt. 3 en gjensidig lojalitetsplikt. Man kan spørre om det ikke vil være i strid med denne plikten, altså at det er illojalt, og derfor erstatningsbetingende, å sette en ytelse under kontrakten bort til en annen leverandør. Som det fremgikk i pkt. 3.6.2 var det enighet under

forhandlingene om at denne type disposisjoner var illojale. Det er usikkert hvor langt disse vurderingene og hensynene rekker kun med grunnlag i standardens bestemmelser.

I forarbeidene til bustadoppføringslova, der grensen mellom endringer og avbestillinger trekkes mer skjønnsmessig, og 15%-regelen forutsetter avtale, uttales det at det i vurderingen av om det foreligger en avbestilling eller endring bør vektlegges å forhindre misbruk av endringsreglene ved reelle avbestillinger<sup>16</sup>. At man i standarden har satt en fast 15 %-grense tilsier at denne type betraktninger bør tillegges mindre vekt.

Til tross for en beskjeden behandling i teorien for øvrig, er Barbo helt klar på at byggherren i disse tilfellene vil være erstatningspliktig. Han skriver blant annet at

”For det første må det være klart at byggherren ikke har rettmessig adgang til å frata entreprenøren arbeid som ligger innenfor de opprinnelige kontraktsforpliktelser, for å la en annen entreprenør utføre arbeidet i stedet. [...] Den motsatte regel ville muliggjøre en uholdbar og klart illojal mulighet for ”skumming”, og en kontraktsklausul i denne retning ville utvilsomt stå i faresonen for sensur, jfr. avtaleloven §36. En betingelse for slikt fradrag må derfor som utgangspunkt være at arbeidene overhodet ikke skal utføres”<sup>17</sup>.

Hovedregelen Barbo oppstiller er klar. Byggherren har ikke rettmessig adgang til å overføre uttatte ytelser til en annen entreprenør. Dette vil være illojalt. Regelen gjelder etter alt å dømme uavhengig av omfanget på reduksjonen, altså både ved endringer og ved avbestillinger. Dette peker klart i retning av at byggherren må svare erstatning også ved reduksjoner på under 15%. Barbo skriver for øvrig med utgangspunkt i NS 3430, der spørsmålet om overføring av ytelsen verken var løst for avbestillings- eller endringstilfellene. Som jeg kommer tilbake til er det en sentral forskjell i ordlyden til NS 3430 og de nyere standardene, hvilket kan ha betydning for disse betraktningenes vekt.

---

<sup>16</sup> NOU 1992:9 s.101.

<sup>17</sup> Barbo s. 94.

Spørsmålet har blitt forelagt BFJR ved flere anledninger. Som behandlet innledningsvis har uttalelsene herfra relevans, og de har blitt vektlagt av Høyesterett. Den mest grundige behandlingen finner vi i sak nr. 495 (1999). Den aktuelle kontrakten gjaldt oppføring av et skolebygg etter NS 3430, og spørsmålet var om byggherren kunne ta ut arbeidene som omfattet lekeplassen, hvilket utgjorde under 15% av kontraktssummen, og sette dette bort til en annen leverandør. Som det fremgår av sitatet under, ble spørsmålet formulert som om endringen måtte følge reglene for avbestilling, uavhengig av 15%-grensen. For ordens skyld heter det i NS 3430 pkt. 28.6 (kap. 28 er kapitlet om endringer) at ”dersom entreprenørens samlede vederlag etter fradrag og tillegg reduseres med mer enn 15% av kontraktssummen, skal reduksjonen behandles som delvis avbestilling”. I saken uttaler rådet følgende:

*"Spørsmålet i saken er om avbestillingsregelen i pkt. 29.1. også kan brukes når man foretar en reduksjon som i omfang ikke når opp i 15 %-grensen (pkt. 28.6.), men som har preg av å være en avbestilling fordi man trekker ut poster eller kapitler av oppdraget og f.eks. setter dette bort til en annen og billigere leverandør eller entreprenør.*

*Hverken endringsregelen i pkt. 28.1. eller avbestillingsregelen i pkt. 29. stiller opp kriterier for dette valget, f.eks. basert på hvilke motiver byggherren har til å redusere oppdraget. Man kunne f.eks. reise spørsmål om avbestillingsreglene passer der noenlunde klart avgrensede deler av oppdraget bortfaller (som her lekeplassutrustning) mens den "reduksjon av arbeidets omfang" som omhandles i pkt. 28.1. bare sikter til kvantitative reduksjoner.*

*Ordlyden i pkt. 28.1. er omfattende og dekker enhver "reduksjon av arbeidets omfang". I den konkrete saken har byggherren forsterket dette ved å forbeholde seg rett til å trekke ut "poster eller deler av poster".*

*Skiller standarden mellom "reduksjon av arbeidets omgang" og delvis avbestilling også i tilfelle som ikke fanges opp av 15%-regelen i pkt. 28.6.?*

*Rådet er i sterk tvil om dette.*

*I H. J. Kolruds kommentar til NS 3430 (1992) sies (s. 253) at grensen ikke er skarp og at det må avgjøres konkret i hvert tilfelle når man står overfor en delvis avbestilling og når man står overfor en endring i form av reduksjon i arbeidets omfang. Dette er lite klargjørende.*

*Den retts teknisk enkleste regel ville være å utelukke alle konkrete vurderinger, herunder spørsmål om hvilke motiver byggherren har for endringen eller vurderinger av om det gjelder reduksjon av kapitler og poster i motsetning til rent kvantumsmessige reduksjoner. Rådet ser sterke grunner for å tolke pkt. 28.6. slik at enhver reduksjon - uansett konkrete omstendigheter - som ikke når opp i 15 % av kontraktens priser skal anses som en endring som skal gjøres opp etter pkt. 28. og ikke etter pkt. 29.*

*Rådet peker på de retts tekniske problemer med å henvise slike spørsmål til vurdering av konkrete momenter. Særlig vil en henvisning til motiver på byggherresiden være problematiske. Skal det legges vekt på om byggherrens beslutning er yrkesetisk forsvarlig? Skal avbestillingsreglene brukes når det som trekkes ut settes over til andre mens reglene om endrings- og tilleggsarbeider skal brukes i andre tilfelle? Hvordan skal man behandle tilfelle der kapitler eller poster trekkes ut som egenregiarbeid? Og hva med situasjonen der byggherren foretrekker å legge den uttrukne del "på is" i påvente av eventuell senere utførelse?*

*Rådet er imidlertid kjent med at det er delte meninger og oppfatninger i bransjen omkring dette på henholdsvis entreprenør- og byggherresiden. Det sondres undertiden mellom rene kvantumsreduksjoner og "delvis avbestilling" som består i at deler av oppdraget settes bort til andre. At avbestillingsreglene passer når hele poster og kapitler trekkes ut er også en oppfatning man møter.*

*Rådet konstaterer at standardens regulering er tvetydig og at det hersker delte meninger om forståelsen av punktet.*

*Rådets konklusjon er derfor noe forbeholden. Til tross for de sterke retts tekniske motforestillinger som kan gjøres gjeldende, later det til at en endring som den saken her gjelder - at en hel post tas ut og settes over på annen leverandør - etter bransjepraksis anses som en delvis avbestilling som følger oppgjørsregelen i pkt. 29., d v s entreprenøren har krav på fortjenestetap og utgiftsdekning."*

Som det fremgår av det siterte er rådet "i sterk tvil" om standarden skiller mellom "reduksjon av arbeidets omgang" og delvis avbestilling også i tilfelle som ikke fanges opp av 15 %-regelen. Rådet konkluderer like vel noe forbeholdent, men kommer til at reduksjoner på under 15 % i disse tilfellene skal behandles etter reglene om avbestillinger. Kanskje må det tas noen forbehold her, for i gjeldende tvist dreide det seg om at en helt post ble tatt ut og satt bort til en annen entreprenør. Det er mulig det ligger en begrensning av rekkevidden i dette, men det er vanskelig å si noe mer presist om hvor grensen eventuelt skulle gå.

At konklusjonen er avsagt under tvil kan for øvrig tilsi at man skal være tilbakeholden med å tillegge uttalelsen høy rettskildemessig vekt. På den andre side har disse uttalelsene blitt fulgt opp i senere saker. I sak nr. 549 (2003) gjengis hele sitatet over, og det konkluderes i overensstemmelse med dette, og i sak 574 (2005) vises det tilbake til saken fra 2003. Således virker praksis fra rådet å være fast over tid, hvilket gjør løsningen sikrere.

Et spørsmål som må stilles er om uttalelsene fra BFJR er relevante etter de nye standardene. Som det fremgår over er NS 3430 pkt. 28.6 første ledd og NS 8405 38.1 tredje ledd første punktum nokså likt utformet. Bestemmelsen i NS 3430 står i kapitler om endringer, og behandler derfor tilfellene *over* 15%-grensen, mens bestemmelsen i NS 8405 står i kapittelet om avbestillinger, og behandler tilfellene *under* 15%-grensen. Denne forskjellen har ingen betydning for innholdet. I de nye standardene finner vi imidlertid ordet *alltid* brukt i bestemmelsen. Dette gjør ordlyden klarer, og indikerer at man i standarden nå har valgt det rådet omtaler som den retts teknisk enkleste løsningen, der det ikke åpnes for unntak.

Som jeg kommer tilbake til i pkt. 4.6 er det nok fremdeles et rom for den type lojalitetsbetraktninger som vi så i sitatet fra Barbo over, men NS 8405 og NS 8407 har trolig flyttet grensen i forhold til tidligere standarder. Drøftingen der er relevant også her, men for å unngå dobbeltbehandling begrenser jeg meg til å referere til denne.

Rettskildebildet er ikke entydig. Langt de fleste argumentene trekker i retning av at det må svares erstatning også for reduksjoner under 15 %, dersom byggherren setter ytelsen bort til en annen entreprenør. Standardens ordlyd skal imidlertid veie tungt, og denne peker i de nyere standardene klart i retning av at skillet mellom endring og avbestilling opprettholdes også i disse tilfellene.

## **4 Andre del: Øvrige endringer**

### **4.1 Innledning**

I den forrige delen av oppgaven la jeg til grunn at det ble foretatt en reduksjon, og at det deretter var den uttatte ytelsen som ble overført til en annen entreprenør. I mange tilfeller vil byggherren i stedet for en reduksjon ønske kvalitative eller (andre) kvantitative endringer. For eksempel ønsker han andre materialer benyttet, eller han vil at bygget skal ha en ekstra etage. Et grunnleggende spørsmål som først skal behandles er hvor langt byggherrens endringskompetanse rekker, altså hvilke endringer han kan pålegge entreprenøren. Deretter skal jeg se på om entreprenøren alltid har et krav på å få utføre endringene, eller om byggherren har kompetanse til å overføre disse til andre entreprenører.

### **4.2 Partenes motstridende interesser**

Mange av de samme reelle hensynene som tilsier at byggherren skal kunne avbestille tilsier også at han skal kunne pålegge endringer. I tillegg kan det for mange prosjekter være nær umulig å utarbeide en presis arbeidsbeskrivelse i forkant. Det mest effektive er da å prosjektere ferdig under veis, ettersom arbeidet da kan påbegynnes tidligere, og man etter hvert erverver den kunnskapen man trenger for å prosjektere ferdig. Mer utfyllende skriver Sandvik at

*”[u]tforming av byggverket får langvarige konsekvenser; byggverk blir stående i tiår, kanskje i hundreår, og lar seg ikke like lett som mange andre produkter erstatte med andre etter hvert som behovet tilsier det. Og samtidig strekker selve produksjonsprosessen seg over tid; ved større arbeider går det flere år fra avtalen er sluttet til byggverket er fullført. I løpet av byggetiden kan det lett tenkes å bli klart at den opprinnelig fastsatte utforming ikke er helt hensiktsmessig. Særlig det forhold at detaljprosjekteringen, med utarbeidelse av arbeidstegninger o.l., foregår etter at kontrakten er sluttet, bidrar til at en blir oppmerksom på at det er ønskelig å gi byggverket en utforming som skiller seg fra den som er angitt i kontrakten. Er arbeidet ennå*



*ikke utført, vil det fortone seg som betenkelig å holde fast ved en utjenlig utførelse med de langvarige ulemper dette vil medføre.”<sup>18</sup>*

Det nevnte taler for en utstrakt endringsadgang. Som ved reduksjoner medfører også andre endringer at entreprenørens forutsetninger med kontrakten svikter. Når entreprenøren plikter å utføre endringene byggherren pålegger han, kan prosjektet bli langt mer arbeids- og tidkrevende enn han hadde forutsatt. Som vi skal se tar standardene stilling til spenningsforholdet mellom partenes interesser, ved at det for endringer kan kreves en slik justering av vederlaget som endringene medfører<sup>19</sup>.

### **4.3 Grensene for byggherrens endringskompetanse**

Den mest sentrale reguleringen av byggherrens endringskompetanse finner vi i NS 8405 pkt. 22.1 og i NS 8407 pkt. 31.1. I oppgavens første del viste jeg at byggherren etter disse bestemmelsene har en svært vidtgående rett til å pålegge entreprenøren endringer. Begrensningene i endringskompetansen ble imidlertid ikke behandlet der, ettersom disse ikke er relevante ved reduksjoner. Jeg nevner for ordens skyld at dette er begrensninger entreprenøren *kan* gjøre gjeldende. I mange tilfeller vil han av både økonomiske og ideelle grunner ønske å utføre en endring selv om den ligger utenfor hva byggherren etter kontrakten kan pålegge han. I bestemmelsen, her fra NS 8405, heter det:

---

<sup>18</sup> Sandvik s. 122.

<sup>19</sup> Endringer kan også medføre krav på fristforlengelse, men en behandling av dette faller på siden av oppgavens tema.

## 22.1 Retten til å pålegge endringer

- (1) Byggherren kan ved endringsordre pålegge entreprenøren endringer.*
- (2) En endring kan gå ut på at entreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelige avtalte, at ytelsenes karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå.*
- (3) En endring må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet. Er ikke annet avtalt, kan ikke byggherren pålegge entreprenøren endringer ut over 15% netto tillegg til kontraktsummen.*
- (4) Avvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse på poster som skal avregnes etter enhetspriser (regulerbare poster), utgjør ingen endring med mindre avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten.*

Som vi ser av annet ledd er endringer et omfattende begrep. Byggherren kan pålegge entreprenøren både tilleggsarbeider og reduksjoner, han kan substituere en ytelse med en annen, og han kan gjøre endringer i den avtalte ytelsens ”karakter, kvalitet, art eller utførelse”. Flere av disse begrepene har et innhold det er vanskelig å avgrense presist kun basert på ordlyden. I kommentarutgavene gis det en rekke eksempler på endringer de forskjellige begrepene normalt vil omfatte, og for å klargjøre grensene for byggherrens endringskompetanse gjengir jeg noen av disse.

Som *tilleggsarbeider* nevner Kolrud m.fl. de typiske mengdeendringer, som at entreprenøren må ”spreng ut mer steinmasse, bygge lengre støttemur eller panele flere rom enn det som opprinnelig var avtalt”<sup>20</sup>. Marthinussen m.fl. gir som eksempel at veien skal forlenges eller at det skal legges mer parkett enn opprinnelig avtalt<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Kolrud m.fl. s. 225.

<sup>21</sup> Marthinussen m.fl. s. 304.

*Substituttytelser*, altså der entreprenøren skal yte noe ”i stedet for” en avtalt ytelse, eksemplifiseres av Kolrud m.fl. med ”legging av takstein istedenfor asfaltapp, asfaltering av inngangspartiet istedenfor grusing, platekledning istedenfor pussing osv.”<sup>22</sup>, og Marthinussen m.fl. nevner det å sette inn en heis der det tidligere var prosjektert en trapp<sup>23</sup>. Sistnevnte eksempel vil nok forholdsvis lett kunne rammes av et av unntakene i tredje ledd, men som et eksempel på en substituttytelse er det klart nok.

I forholdt til ”ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres” gir ikke Kolrud m.fl. konkrete eksempler, men bemerker at endringene kan være betydelige, så lenge de ikke innebære at ytelsen blir av ”en vesentlig annen art” enn det opprinnelig avtalte<sup>24</sup>. Det refereres her til et av unntakene i tredje ledd, som jeg kommer tilbake til under. Marthinussen nevner legging av marmor i stedet for parkett, eller at utomhusareal skal belegges med grus i stedet for asfalt<sup>25</sup>.

Endringskompetansen er etter dette svært omfattende, men vi finner som nevnt begrensninger i bestemmelsens tredje ledd. For det første må endringen ”stå i *sammenheng med det kontrakten omfatter*”. Kravet til sammenheng innebærer etter ordlyden at endringen må ha en viss saklig og stedlig tilknytning til kontraktsarbeidet, slik at byggherren ikke kan bruke kontraktsforholdet til å pålegge entreprenøren arbeider av enhver art. Kolrud m.fl. nevner som eksempel at byggherren ikke kan pålegge entreprenøren arbeider på et annet bygg enn det avtalen omfatter<sup>26</sup>. Marthinussen m.fl. eksemplifiserer med at dersom det er avtalt oppføring av hotell, kan ikke entreprenøren pålegges å bygge en golfbane på nabotomten, men sier videre at ”et endringspålegg om at det skal bygges svømmebasseng for hotellets gjester i hotellets hage, vil imidlertid trolig

---

<sup>22</sup> Kolrud m.fl. s. 225.

<sup>23</sup> Marthinussen m.fl. s. 304.

<sup>24</sup> Kolrud m.fl. s. 225.

<sup>25</sup> Marthinussen m.fl. s. 304.

<sup>26</sup> Kolrud m.fl. s. 222.

være innenfor det entreprenøren kan påregne som tilleggssarbeid, gitt at disse arbeidene faller innenfor de fagområdene kontrakten ellers omfatter”<sup>27</sup>. Eksempelene viser i hovedsak det som uansett følger av ordlyden, nemlig at det sentrale for vurderingen er om sammenhengen mellom arbeidet som følger av kontrakten, og det endringen består i, er tilstrekkelig nær. Der entreprenørens arbeid etter kontrakten er mangeartet og flerfoldig, vil endringene som potensielt kan pålegges han formodentlig være flere enn der oppdraget er snevrere og mer ensartet.

Videre følger det av tredje ledd at entreprenøren ikke kan pålegges endringer som er av en *vesentlig annen art* enn det opprinnelig avtalte arbeidet. Entreprenøren kan etter ordlyden pålegges endringer av ”en annen art”, men ikke av ”en vesentlig annen art”. Hvorvidt endringen er av vesentlig annen art må være gjenstand for en konkret vurdering, og det er vanskelig å ta stilling til hvor grensen går på et mer generelt grunnlag. Det følger imidlertid av ordlyden at det skal en god del til før unntaket kommer til anvendelse. Det tidligere nevnte eksempelet til Marthinussen m.fl., der entreprenøren blir pålagt å installere en heis i stedet for å bygge en trapp, vil nok kunne tjene som eksempel også her. Vi finner ytterligere eksempler i kommentarutgavene:

I følge Kolrud m.fl. er det nærliggende å spørre om endringen er av en slik type og karakter at en alminnelig aktsom entreprenør kunne påregne denne type endringsarbeid. Man spør vel i bunn og grunn da om forholdet mellom endringene og entreprenørens berettigede forventninger. Eksempelet som gis er at entreprenøren for betongarbeidene ikke kan pålegges å utføre snekkerarbeidet på bygget, selv om de for øvrig skulle være autorisert til dette<sup>28</sup>. Marthinussen m.fl. gir en rekke eksempler, og nevner blant annet at det fremstår som åpenbart at en entreprenør som ikke har ansvar for innredningsarbeider, ikke kan pålegges å spesialbygge en bardisk (finsnekkerarbeid). Mer generelt hevdes det at hvor grensen går vil avhenge av hva som er det naturlige arbeidsfeltet til den enkelte

---

<sup>27</sup> Marthinussen m.fl. s. 305.

<sup>28</sup> Kolrud m.fl. s. 222.

entreprenør, og at dersom entreprenøren må innhente en ny underentreprenør for å få utført et bestilt endringsarbeid, taler mye for at han ikke kan pålegges dette<sup>29</sup>. Til det sistnevnte kan det innvendes at det etter ordlyden må være mer sentralt hva entreprenøren har påtatt seg av forpliktelser under kontrakten, enn hvilken kompetanse han eller hans underleverandører (tilfeldigvis) har. For alle tilfelle må det foretas en konkret vurdering.

Det følger også av NS 8405 pkt. 21 tredje ledd at entreprenøren ikke kan pålegges endringer som overstiger 15 % netto tillegg til kontraktssummen. Som det fremgår er dette en nettogrense, og som behandlet i oppgavens første del medfører det blant annet at det må gjøres fradrag for eventuelle reduksjoner. Det følger nok også av bestemmelsen det kun er den delen av tilleggsarbeidet som utgjør mer enn 15% som entreprenøren kan nekte å utføre. Dette legges også til grunn i kommentarutgavene. Ellers er det klart at partene kan avtale en annen grense hvis de ønsker det, og som nevnt er dette en begrensning entreprenøren *kan* påberope seg. Om tidspunktet for vurderingen, se oppgavens pkt. 4.5.

Gjennomgangen over er ment å klargjøre grensene for hvilke endringer byggherren kan pålegge entreprenøren å utføre. Dette danner grunnlaget for den videre drøftingen av byggherrens kompetanse til å velge entreprenør for endringsarbeidene.

## **4.4 Valg av entreprenør for endringsarbeidene**

### **4.4.1 Innenfor byggherrens endringskompetanse**

Det første spørsmålet jeg skal behandle er om entreprenøren har krav på å utføre alle endringer som ligger innenfor byggherrens endringskompetanse. Spørsmålet er ikke direkte regulert i standardene.

---

<sup>29</sup> Marthinussen m.fl. s. 306.

I kommentarutgaven til NS 3401 skriver Sandvik følgende:

*”Det kan by på avgjørende ulemper for entreprenøren å få en ny entreprenør i samme yrkeskategori ved siden av seg på samme byggeplass. Noen saklig grunn for et slikt opplegg kan heller ikke anføres fra byggherren. At han angrer på sitt valg av entreprenør, er ikke tilstrekkelig medmindre han kan påberope en hevningsgrunn. I prinsippet må derfor entreprenøren ikke bare ha plikt, men også rett til å utføre endringsarbeidet.”<sup>30</sup>*

Hovedregelen Sandviks oppstiller er klar; entreprenøren har rett til å få utføre endringsarbeidene. Problemstillingen behandles også av Barbo:

*”Hvis arbeid tas ut av kontrakten, samtidig som annet arbeid legges til som erstatning for det som tas ut [...], kan det ikke ses noen rimelig grunn til at dette arbeidet ikke skal utføres av den opprinnelige entreprenør. Normalt vil det også by på store ulemper for entreprenøren at en annen entreprenør skal utføre arbeid innenfor det som saklig utgjør samme kontraktsområde”<sup>31</sup>.*

Argumentasjonen hos Sandvik og Barbo er sammenfallende. Det foretas en slags interesseavveining, der ulempen for entreprenøren blir tillagt høy vekt. Samtidig åpnes det nok for at det kan ha betydning om byggherren har en saklig/rimelig grunn for å bytte entreprenør, men at han formodentlig ikke vil ha det i disse tilfellene. Jeg kommer tilbake til denne problematikken i pkt. 4.6.

I sin kommentar til NS 8405 skriver Marthinussen m.fl. at ettersom entreprenøren etter pkt. 38.1 har rett til å utføre avtalte ytelser frem til overtakelsen, må det samme gjelde for endringer<sup>32</sup>. Påstanden er ikke nærmere begrunnet, men virker å være i tråd med rettskildebildet for øvrig.

---

<sup>30</sup> Sandvik s. 124.

<sup>31</sup> Barbo s. 95.

<sup>32</sup> Marthinussen m.fl. s. 310.

Rettskildefaktorene peker ut fra dette i samme retning, og det fremstår som velbegrunnet å konkludere med at entreprenøren har krav på å få utføre endringer som ligger innenfor byggherrens endringskompetanse. Konsekvensen for byggherren blir at dersom han ønsker utført en ytelse som kunne vært pålagt ved endringsordre, så må han enten benytte seg av endringskompetansen eller unnlate å få ytelsen utført<sup>33</sup>. Noe annet vil være et mislighold.

#### 4.4.2 Ved endringer over 15 %

Endringer som overstiger 15 % av kontraktssummen kan byggherren etter NS 8405 pkt. 22.1 tredje ledd ikke pålegge entreprenøren. Spørsmålet her er om entreprenøren like vel har rett til å utføre disse endringsarbeidene hvis han ønsker, samt om byggherren, dersom entreprenøren ikke ønsker å utføre, kan sette arbeidet bort til en annen entreprenør. Jeg legger her til grunn at de øvrige vilkårene i NS 8405 pkt. 22.1 tredje ledd er oppfylt, altså at endringsarbeidet står i sammenheng med det kontrakten omfatter, og at det ikke er av en vesentlig annen art.

Når det gjelder spørsmålet om entreprenøren har krav på å utføre endringsarbeidene, så er problemstillingen ikke regulert i standardene. I sitatet fra Sandvik under pkt. 4.4.1 sier han helt generelt at entreprenøren har rett til å utføre endringsarbeidene. Han oppstiller deretter begrensninger i forhold til entreprenørens kompetanse, som jeg kommer tilbake til under, men i forhold til omfanget av endringsarbeidet oppstiller han ingen unntak. Formodentlig har entreprenøren i følge Sandvik da rett til å utføre også de mer omfangsrike endringsarbeider. Barbo behandler problemstillingen kort, men skriver, med en referanse til sitatet inntatt under pkt. 4.4.1, at

*"[h]vis det ovennevnte aksepteres, kan det ikke være grunn til å anse det på noen annen måte hvis det ikke er tale om kombinerte fradrag og tillegg, men "rene" tilleggsarbeider. Forutsetningen for at den opprinnelige entreprenøren skal ha krav på å få utføre disse arbeidene må da være at disse fysisk og tidsmessig er nært*

---

<sup>33</sup> I alle fall frem til overtagelsen.

*knyttet til de opprinnelige kontraktsarbeider, slik at det ville innebære en vesentlig ulempe for ham om endringsarbeidene skulle utføres av en annen*”<sup>34</sup>.

Hovedregelen virker også her klar, og det tas ingen forbehold i relasjon til tilleggsarbeidets omfang. Igjen ser vi at den eventuelle ulempe for entreprenøren vektlegges. Det Barbo skriver om at endringsarbeidene må være fysisk og tidsmessig nært de opprinnelige kontraktsarbeider, samsvarer nok forholdsvis godt med vilkåret om sammenheng i NS 8405 pkt. 22.1 tredje ledd og NS 8407 pkt. 31.1 tredje ledd. Om byggherrens rett til å utføre endringsarbeider som ikke oppfyller disse vilkårene, se oppgavens neste punkt.

Marthinussen m.fl. skriver om byggherrens rett at ”[i]nnenfor 15 % er det klart at entreprenøren har krav på å få utføre alle endringer, jf. pkt. 22.1. Det samme er trolig svaret for endringsarbeider som overstiger 15 %”<sup>35</sup>. Utsagnet er formulert som en antakelse, og er ikke ytterligere begrunnet.

Rettskildebildet peker dermed klart i retning av at entreprenøren også har rett til å utføre endringsarbeider som i omfang er større enn hva entreprenøren kunne pålagt ham.

Hvis entreprenøren ikke ønsker å utføre endringsarbeidet som overgår 15 % av kontraktssummen, blir spørsmålet om byggherren kan sette dette bort til en annen entreprenør. Heller ikke dette spørsmålet er behandlet i standarden, og det er knapt behandlet i litteraturen. Martinussen m.fl. skriver at ”[h]vis entreprenøren nekter å utføre pålagte endringer ut over 15 %, kan byggherren sannsynligvis engasjere andre til å utføre disse arbeidene”<sup>36</sup>. Som det fremgår anses ikke løsningen for å være sikkert, men sannsynlig. Alternativet ville vel være at byggherren må vente til etter overtakelse med å utføre det ønskede arbeidet, hvilket klart nok kan være til ulempe for han, ved at det

---

<sup>34</sup> Barbo s. 95-96.

<sup>35</sup> Marthinussen m.fl. s. 310.

<sup>36</sup> Marthinussen m.fl. s. 310.



forsinker ferdigstillelsen av prosjektet, kan vanskeliggjøre tilgangen til stedet der arbeidet skal utføres, og så videre.

Å få en annen entreprenør på byggeplassen vil imidlertid kunne medføre ulemper for den opprinnelige entreprenøren, som både Sandvik og Barbo er inne på. Om dette skriver Martinussen m.fl:

*”Spørsmålet er hva som er konsekvensene av at byggherren tar inn en ny entreprenør. Disse problemstillingene er ikke løst i standarden. I utgangspunktet har entreprenøren en vederlagsfri samordningsplikt, jf. pkt. 18.3. Dette gjelder også i forhold til nye entreprenører. Men medfører en ny entreprenør samordning ut over pkt. 18.3, kan byggherren pålegge nødvendig samordning etter pkt. 22.3, jf. pkt. 22.2 tredje ledd. Grensen for når den vederlagsfrie samordningsplikten er overskredet, vil nås raskere i et tilfelle som dette fordi man får inn en ny entreprenør som ikke var forutsatt på tilbudsstadiet. Det at det kommer inn en ny entreprenør, kan medføre at entreprenøren får krav i henhold til pkt. 25.2 b) og c) og 25.3 b)”<sup>37</sup>.*

For ordens skyld refereres det her til hhv. pålegg om forsering og samordning ved endringsordre, samt tilhørende krav på vederlagsjustering.

Kort oppsummert følger det av dette at entreprenøren sannsynligvis har rett til å utføre endringsarbeider ut over 15 %-grensen, og at byggherren kan sette arbeidet bort til en annen entreprenør dersom den opprinnelige entreprenøren ikke ønsker å utføre det. Dette kan imidlertid gi den opprinnelige entreprenøren et krav på vederlagsjustering.

#### 4.4.3 Ved endringer som ellers ligger utenfor byggherrens endringskompetanse

Spørsmålet jeg skal behandle her er om entreprenøren også kan kreve å få utføre arbeider som ligger utenfor det byggherren kunne pålagt han, i dette tilfelle fordi ytelsen er av en vesentlig annen art enn, eller ikke står i sammenheng med, det kontrakten opprinnelig

---

<sup>37</sup> Marthinussen m.fl. s. 310-11.

omfattet, jfr. NS 8405 pkt. 22.1 tredje ledd og NS 8407 pkt. 31.1 tredje ledd. Som det følger av gjennomgangen over vil dette ofte være ytelser som ligger utenfor byggherrens yrkeskompetanse, og som han måtte kontrahert med en ny underleverandør for å kunne få utført. Sandvik skriver om disse tilfellene at "[s]kal det utføres arbeid utenfor entreprenørens (eller hans underentreprenørs) yrkeskompetanse har også byggherren saklig grunn til å kontrahere direkte med den nye entreprenør som engasjeres, da dette kan spare ham for hovedentreprenørsalæret"<sup>38</sup>. Den opprinnelige entreprenøren gis her ingen rett til å utføre endringsarbeidene.

Selv om entreprenøren eller hans underleverandører har kompetansen som kreves for å utføre endringene, er det vanskelig å se at løsningen blir en annen. Det sentrale momentet er formodentlig at endringsarbeidet har en for fjern tilknytning til det opprinnelige arbeidet, og at entreprenøren derfor ikke har hatt noen forventning og å få utføre denne type ytelse. I tillegg vil det her sjelden være snakk om misbruk eller illojalitet. Trolig har ikke entreprenøren et krav på å få utføre i disse tilfellene.

Spørsmålet er i liten grad behandlet i rettskildene, og det er vanskelig å begrunne en slutning ut over det som er gjort over.

#### 4.4.4 Konsekvensene for vederlaget etter pkt. 4.4.3

I langt de fleste av tilfellene jeg har behandlet over vil de vederlagsmessige konsekvensene av endringene ikke by på særlige problemer. Entreprenøren har krav på vederlagsjustering for endringsarbeidet han utfører, hvilket jeg kommer tilbake til i pkt. 5.2, og dersom den samlede effekten av endringene skulle vise seg å utgjøre en reduksjon av vederlaget på mer enn 15 % av kontraktssummen, vil han ha krav på erstatning, hvilket behandles i pkt. 5.3. Det er også klart at dersom byggherren overfører en ytelse den opprinnelige entreprenøren hadde rett til å utføre til en annen entreprenør, vil dette være et erstatningsbetingende

---

<sup>38</sup> Sandvik s. 124-25.

mislighold. Om dette skriver Barbo at "[h]vis byggherren likevel tildeler arbeidet til en annen entreprenør, må derfor den opprinnelige entreprenør i en slik situasjon ha krav på erstatning, slik at han blir økonomisk stillet som om han var blitt tildelt arbeidet ved endringsordre"<sup>39</sup>.

Tilfellet som behandles i pkt. 4.4.3 kan imidlertid havne i en særstilling dersom den uttatte ytelsen medfører en reduksjon på under 15 % av kontraktssummen. Av standardenes bestemmelser følger det at det her skal foretas en reduksjon av vederlaget, men som vist over, og som jeg kommer tilbake til i pkt. 4.6, kan entreprenøren ha krav på erstatning dersom reduksjonen reelt sett er en avbestilling. Dette vil nok imidlertid kun gjelde der det er den samme ytelsen, eller en endring den opprinnelige entreprenøren hadde krav på å utføre, som overføres til en annen leverandør. I tilfellene under pkt. 4.4.3 er ytelsen så forskjellig fra det som opprinnelig var avtalt at byggherren ikke kan pålegge entreprenøren å utføre den, og entreprenøren har sannsynligvis heller ikke et krav på å utføre den.

Her er det vanskelig å se for seg at entreprenøren skal ha et grunnlag for å kreve erstatning. Hovedregelen om reduksjon av vederlaget vil derfor sannsynligvis komme til anvendelse i disse tilfellene, selv om byggherren har latt en annen entreprenør utføre et endringsarbeid som kom stedet for en ytelse under kontrakten.

#### **4.5 Tidspunktet for vurderingen**

Som det fremgikk av oppgavens første del er det for reduksjonstilfellene nokså uproblematisk at vurderingen av reduksjonens omfang først er gjennomførbar ved overtakelsen, altså når byggherren ikke lenger kan pålegge endringer. Når det gjelder begrensningene i byggherrens endringskompetanse er valget av tidspunkt for vurderingen vanskeligere. Hvis entreprenøren skal kunne nekte å utføre en endring byggherren pålegger han, med den begrunnelse at endringen overgår 15 % av kontraktssummen, kan han ikke

---

<sup>39</sup> Barbo s. 98.

utsette denne vurderingen til sluttoppgjøret. På et tidligere tidspunkt blir det imidlertid vanskelig å gi realitet til 15 %-grensen som en nettogrense, for man vet jo ikke hva som senere kan komme av tillegg og reduksjoner.

Spørsmålet er ikke løst i standardene. Kolrud m.fl. tar et klart standpunkt når de skriver at "[d]et er situasjonen når endringsordren mottas, som er avgjørende i relasjon til 15 %-grensen. Det spiller ingen rolle at byggherren senere kan foreta reduksjoner av arbeidsomfanget ved avbestilling, slik at netto tillegg da blir lavere enn 15 %"<sup>40</sup>. Også Martinussen m.fl. baserer seg på dette, uten at det sies eksplisitt<sup>41</sup>. Løsningen virker dermed klar, men begrunnes i liten grad.

15 %-grensen blir med dette kun en nettogrense på det tidspunktet endringsordren mottas. Ved å velge den retts teknisk enkle løsningen en 15 %-grense er, åpner man samtidig for merkverdigheter som at en senere reduksjon kan føre til at entreprenøren like vel må utføre en endring han tidligere kunne motsette seg.

I bustadoppføringslova er det valgt litt en annen modell, med et mer skjønnsmessig vurderingsgrunnlag. I lovens §9 første og andre ledd heter det:

- 1) Forbrukaren kan krevje endringar i arbeidet og påleggje entreprenøren å utføre tilleggsarbeid som står i samanheng med den ytinga som er avtalt, og som ikkje i omfang eller karakter skil seg vesentleg frå denne ytinga.*
- 2) Forbrukaren kan likevel ikkje krevje endringar eller tilleggsarbeid dersom dette ville føre til ulemper for entreprenøren som ikkje står i høve til forbrukarens interesse i å krevje endringa eller tilleggsarbeidet.*

Vurderingen er her mer helhetlig, og man ser på om omfanget av endringen skiller seg vesentlig fra den avtalte ytelsen, og på forholdet mellom forbrukerens nytte og

---

<sup>40</sup> Kolrud m.fl. s. 223.

<sup>41</sup> Marthinussen m.fl. s. 309-10.

entreprenørens ulemper. Tidspunktet for vurderingen er det samme her, men ved å foreta en mer helhetlig vurdering, vil resultatet muligens bli mer i tråd med partenes forutsetninger enn ved en fast 15 %-grense. En retts teknisk enklere løsning har opplagte fordeler, som at man har en helt klar grense å forholde seg til, men det blir samtidig vanskelig å gi realitet til grensen som en faktisk nettogrense.

#### **4.6 Unntak fra erstatningsplikten**

Spørsmålet som skal behandles her er om byggherren på annet grunnlag enn det som er behandlet over kan sette uttatte ytelser eller annet endringsarbeid bort til en annen entreprenør. Ingen unntak følger av standarden.

Problemstillingen behandles relativt utførlig av Barbo. Etter å ha konkludert med at byggherren ikke rettmessig kan frata entreprenøren arbeid innenfor kontraktsforpliktelsene, for så å la en annen entreprenør utføre dette (sitatet er inntatt i pkt. 3.8 over) skriver han:

Hvis derimot byggherrens behov for å trekke arbeidene ut kan begrunnes saklig med hensynet til en mer effektiv byggeprosess, synes han likevel å måtte tilkjennes en slik rett. Årsaken kan eksempelvis være at enkelte arbeider mest hensiktsmessig bør utføres på et senere tidspunkt, kanskje etter at entreprenøren har overlevert arbeidene.<sup>42</sup>

Byggherrens rett til å la andre entreprenører utføre arbeid under kontrakten etter overtakelse har jeg allerede behandlet. Det interessante her er at ”saklige grunner” synes å kunne danne et grunnlag for å overføre ytelsen til en annen entreprenør. Litt under, etter å ha konkludert med at entreprenøren også har rett til å utføre endringsarbeider (sitatet er inntatt i pkt. 4.4.2) skriver han:

---

<sup>42</sup> Barbo s. 94-95.

*"Men også her må det gjøres unntak for de situasjoner der byggherren kan påvise en saklig grunn for skifte av entreprenør, eksempelvis at den del av endringen som logisk utgjør et tillegg (etter at det opprinnelige arbeid er tatt ut av kontrakten), mest hensiktsmessig bør utføres på et senere tidspunkt, hvor hensynet til den opprinnelige entreprenør ikke gjør seg gjeldende på samme måte.*

*Hvis det ovennevnte aksepteres, kan det ikke være grunn til å anse det på noen annen måte hvis det ikke er tale om kombinerte fradrag og tillegg, men "rene" tilleggsarbeider. Forutsetningene for at den opprinnelige entreprenøren skal ha krav på å få utføre disse arbeidene må da være at disse fysisk og tidsmessig er nært knyttet til de opprinnelige kontraktsarbeider, slik at det ville innebære en vesentlig ulempe for ham om endringsarbeidene skulle utføres av en annen.*

*Nå kunne det hevdes at en de situasjoner som er nevnt foran, og hvor det ville utgjøre mislighold om byggherren lot en annen entreprenør utføre arbeidene, i praksis er så omfattende at det av retts tekniske grunner kunne være naturlig generelt å hevde at entreprenøren har krav på å få utføre arbeidene. En slik slutning ville imidlertid være forhastet. Det må nemlig være på det rene at det også finnes situasjoner der byggherren utvilsomt har rett til å la arbeidene utføres av andre.*

*En slik situasjon foreligger hvis entreprenøren allerede er forsinket, slik at dennes utførelse av endringsarbeidene ville medføre ytterligere forsinkelse. Det samme må gjelde hvor byggherrens økonomi, eller andre økonomiske faktorer, tilsier at det er gunstigst å utsette de aktuelle arbeider, til et tidspunkt som kanskje ligger senere enn det som er den forventede byggeperiode. Det kan også tenkes at entreprenøren arbeider på grensen av sin yteevne, slik at byggherren anser det som for risikofylt – i forhold til spørsmålet om forsinkelse – å la denne utføre også de aktuelle endringsarbeider"<sup>43</sup>.*

Barbo gir her en rekke eksempler på forhold både på entreprenør- og byggherresiden som kan gi byggherren *saklig grunn* til å la andre entreprenører utføre arbeidet. Om forholdene på entreprenørsiden uttales det at dette er situasjoner der byggherren *utvilsomt* har rett til å la arbeidene utføres av andre. Barbo er nok den som i den entrepriserettslige teorien går lengst i å oppstille unntak fra entreprenørens rett til å utføre endringsarbeider.

Han er imidlertid ikke alene om dette. I kommentaren til NS 3430 hevdet også Kolrud at entreprenøren kunne la byggeprosjektet fortsette med ny entreprenør hvis han hadde saklig

---

<sup>43</sup> Barbo s. 95-96.

grunn<sup>44</sup>. Om dette skriver Mestad at ”[e]t krav om sakleg grunn må tilsvare eit illojalitets- eller misbrukssynspunkt. Det er vanskeleg å sjå for seg korleis dette synspunktet skulle kunne handhevast”<sup>45</sup>.

Endelig skriver Kolrud m.fl. i kommentarutgaven til NS 8405 at ”[d]et kan nok være legitime grunner for at byggherren skal kunne delavbestille og overføre i helt spesielle tilfeller. Ellers burde regelen ha vært bedre tuftet på de hensyn som ligger bak avbestillingsinstituttet, og som har som sin forutsetning at byggherren ikke har bruk for det han avbestiller”<sup>46</sup>. Også her finner vi støtte for at det kan foreligge omstendigheter som gjør at byggherren kan overføre ytelsen til en annen entreprenør uten å svare erstatning, men det er uklart hva Kolrud m.fl. tenker at unntaket skal romme. For øvrig så vi i sitatet fra Sandvik under pkt. 4.4.1 at også han omtaler byggherrens ”saklige grunner” som et mulig unntak fra byggherrens rett til å utføre.

Rettskildebildet er ikke entydig. Særlig Barbo har gått langt i å åpne for et unntak for ”særlige grunner”, mens andre virker mer tilbakeholdene. Som Mestad skriver er dette i bunn og grunn et spørsmål om lojalitet, og også Barbo omtaler det som det. Alminnelige prinsipper om lojalitet i kontraktsforhold kan da formodentlig supplere standardene på dette punktet, uten at det er mulig å si så mye generelt om hvor grensen mellom lojalitet og illojalitet her skal gå. For øvrig uttaler førstvoterende i Høyesteretts dom inntatt i Rt.2011.65 at ”[j]eg er ikke uenig i at det også for avtaleforhold som reguleres av Norsk Standards ulike kontraktsbestemmelser, kan gjelde en ulovfestet lojalitetsplikt”<sup>47</sup>, uten at uttalelsen får betydning for resultatet i den gjeldende saken. I relasjon til drøftingene tidligere i oppgaven kan det nok dermed tenkes situasjoner der et bytte av entreprenør ikke

---

<sup>44</sup> Kolrud referert i Mestad s. 332.

<sup>45</sup> Mestad s. 332.

<sup>46</sup> Kolrud s. 481.

<sup>47</sup> Rt.2011.65 avsnitt 43.

vil være illojalt, men som nevnt er trolig rommet for denne type betraktninger snevret inn etter de nye standardene.

## **5 Tredje del: Vederlag og oppgjør**

### **5.1 Innledning**

I denne delen av oppgaven skal jeg se på et utvalg problemstillinger tilknyttet kontraktsvederlaget og oppgjøret<sup>48</sup>. Dette er virkningssiden av kompetansespørsmålene jeg har behandlet over. For entreprenøren vil normalt det viktigste ved hele kontraktsforholdet være hvor mye han får betalt, og for byggherren er det, ved siden av at han får rett ytelse til rett tid, av svært stor betydning hvor mye han må betale. Dette understrekes av at partene ofte har vært gjennom en anbudskonkurranse i forkant av kontraktsinngåelsen, der prisingen av ytelsene kan være avgjørende for byggherrens valg av entreprenør.

Når byggherren ensidig kan endre entreprenørens kontraktsforpliktelse, blir det avgjørende for partenes stilling under kontrakten hvilke vederlagsmessige konsekvenser endringene får. I denne delen av oppgaven skal jeg derfor se på hvordan vederlagsjusteringer ved endringer er regulert i standardene. Jeg skal også se på reglene som gjelder for utmålingen av entreprenørens tapserstatning. En eventuell erstatning kommer i stedet for kontraktsmessig oppfyllelse, så hvordan denne utmåles vil være av like stor betydning for partene. Avslutningsvis skal jeg se på hvordan oppgjøret skal skje der byggherren avbestiller etter at en del av arbeidet er utført, altså der entreprenøren har krav på både vederlag for utført arbeid og erstatning.

---

<sup>48</sup> Det er mange problemstillinger som kunne vært drøftet i denne delen av oppgaven, men av hensyn til oppgavens tema og omfang begrenser jeg meg til å behandle det jeg opplever som det mest sentrale i forhold til beregningen av entreprenørens vederlag og utmålingen av en eventuelle tapserstatning.



## **5.2 Vederlagsjustering ved endringer**

Hovedregelen om vederlagsjustering kommer til uttrykk i NS 8405 pkt. 25.1, der det heter at byggherren har krav på den justeringen av entreprenørens vederlag som endringen medfører, og i pkt. 25.2, der det heter at entreprenøren har krav på den vederlagsjustering som forårsakes av endringer. Begge parter har således krav på at vederlaget justeres i tråd med endringene.

Dette er ikke til hinder for at partene kan avtale størrelsen på vederlaget. I NS 8405 pkt. 25.8.3 og NS 8407 pkt. 34.2.1 heter det at entreprenøren kan gi, og at byggherren kan kreve, at det gis et spesifisert tilbud på justering av vederlaget. Vederlagsjustering ved endringer kan skje nettopp på tre måter; etter avtale, etter enhetspriser eller etter regning. Det er kun dersom partene ikke blir enige at justeringen skal skje etter bestemmesene under.

I oppgavens første del ble det nevnt at det ved reduksjoner på mindre enn 15% av kontraktssummen skal skje en reduksjon av vederlaget etter kontraktens enhetspriser, jfr. NS 8405 pkt. 25.7 og NS 8407 pkt. 34.3.1. Der det ikke finnes anvendelige enhetspriser, skal det foretas en reduksjon av vederlaget tilsvarende besparelsen fradraget har ført til, samt en korresponderende reduksjon av fortjenesten, jfr. NS 8405 pkt. 25.8.1 og NS8407 pkt. 34.1.1. Det er imidlertid ikke kun ved rene reduksjoner at disse bestemmelsene er relevante. Med unntak av ved endringer som kun består av tilleggsarbeider, vil ofte måtte foretas et fradrag. Der en ytelse endres eller byttes ut med en annen, vil den opprinnelige ytelsen trekkes fra, og den nye legges til. Ofte vil en endringsordre derfor kunne medføre en kombinasjon av reduksjoner og tillegg.

Av NS 8405 pkt. 25.6 første ledd følger det at vederlagsjusteringen skal skje etter bestemmelsene i pkt. 25.7 til 25.9. Tilsvarende bestemmelse finner vi i NS 8407 pkt. 34.2.2, som viser til pkt. 34.3 og 34.4.

### 5.2.1 Anvendelige enhetspriser

Pkt. 25.7 omhandler vederlagsjusteringer der det foreligger anvendelige enhetspriser. Som Marthinussen m.fl. skriver er en enhetspris ”en pris som er avtalt på forhånd for et beskrevet arbeid”. Definisjonen illustreres med at ”[dette] kan for eksempel være pris pr. kvadratmeter ferdig lagt parkett eller pr. kubikkmeter uttatt masse. I tillegg vil det være priser for arbeidstimer”<sup>49</sup>. For at bestemmelsene skal komme til anvendelse er det derfor en forutsetning at kontrakten helt eller delvis har fastsatt at betaling skal skje etter enhetspriser. Hvis kontrakten kun opererer med en fast pris for kontraktsarbeidet, hvilket er ganske vanlig, er vi utenfor enhetsprisbestemmelsenes virkeområde<sup>50</sup>.

I pkt. 25.7.1 heter det at ”[g]jelder kravet om vederlagsjustering forhold der kontraktens enhetspriser er anvendelige, skal disse benyttes”<sup>51</sup>. Bestemmelsen oppstiller en skal-regel, men det fremgår ikke klart av ordlyden hva som avgjør om en enhetspris er anvendelig eller ikke. Kolrud m.fl. skriver at enhetsprisen må være *direkte* anvendelig<sup>52</sup>, hvilket indikerer høy grad av likhet mellom den aktuelle ytelsen og den det er avtalt enhetspris for. I kommentarutgaven til Marthinussen m.fl. heter det at ”[b]estemmelsen gjelder bare for endringsarbeider som er *identiske* med de arbeider det er avtalt enhetspriser for. Ikke rent sjelden vil det imidlertid være større eller mindre avvik mellom arbeider beskrevet i endringsordren og arbeider som dekkes av enhetsprisen. Da er en over i 25.7.2”<sup>5354</sup>.

Fortolkningen følger ikke direkte av ordlyden, men fremstår som klarere når man ser bestemmelsene i avsnitt 25.7 i sammenheng. Ettersom det må være snakk om en identisk ytelse er det i hovedsak ved mengdeøkninger eller -reduksjoner at pkt. 25.7.1 er relevant.

---

<sup>49</sup> Marthinussen m.fl. s. 395.

<sup>50</sup> Da vil endringene bli utført som endringsarbeid, se pkt. 5.2.3.

<sup>51</sup> Tilsvarende i NS 8407 pkt. 34.3.1.

<sup>52</sup> Kolrud m.fl. s. 291.

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> Min kursiv.

Dersom endringen for eksempel går ut på at det skal graves 100 meter mindre grøft enn opprinnelig avtalt, og kontrakten inneholder en prising pr. meter grøft, er det denne enhetsprisen som blir lagt til grunn ved reduksjonen av vederlaget.

Ved anvendelse av enhetspriser er det nettopp kontraktens priser som legges til grunn. Dette kan få avgjørende konsekvenser for entreprenørens fortjeneste. Ofte vil entreprenøren ha priset ytelsene under kontrakten (anbuds)strategisk, og som følge av dette vil han ha ulik fortjeneste på ulike ytelser.

Dersom entreprenøren har priset graving av grøft høyt, vil han få en høy fortjeneste der det er ytterligere graving av grøft endringsordren går ut på. Dette betyr samtidig at dette er en ytelse byggherren sannsynligvis kunne fått rimeligere fra en annen entreprenør, men som behandlet i oppgavens kapittel fire har byggherren en svært begrenset kompetanse til å bytte entreprenør<sup>55</sup>. Hvis det derimot er en reduksjon av grøftegravningen byggherren pålegger, vil entreprenøren kunne miste deler av sin fortjeneste. Tilsvarende kan entreprenøren bli pålagt tapsbringende tilleggsarbeider der den aktuelle ytelsen er priset lavt, mens reduksjon av en tapsbringende ytelse vil være positivt for entreprenørens fortjeneste. Mye avhenger derved av hvor forutseende entreprenøren har vært når ytelsene prises. Vi finner imidlertid en slags sikkerhetsventil i pkt. 25.7.2 annet ledd, som jeg kommer nærmere inn på under.

---

<sup>55</sup> I relasjon til dette skriver Sandvik at "[u]ndertiden ser en at en byggherre trekker ut hele større poster av et arbeid, fordi han har oppdaget at han får dette arbeid utført billigere hos en annen entreprenør. I slike tilfeller vil det være klart at byggherren ikke kan gjøre fradrag i prisen beregnet direkte på basis av de enhetspriser m.v. som er angitt for posten. Entreprenøren vil her kunne kreve at fradraget bl.a. reduseres for tapt dekningsbidrag og fortjeneste" (s. 267). Dette stemmer godt med erstatningssynspunktet i oppgavens første del.

### 5.2.2 Justerte enhetspriser

Pkt. 25.7.2 har overskriften ”justerte enhetspriser” og lyder som følger:

- (1) Enhetsprisene legges også til grunn for oppgjøret dersom grunnlaget for vederlagsjusteringen gjelder ytelser som i det vesentlige er likeartet med ytelser det er fastsatt enhetspriser for. Partene kan da kreve enhetsprisene justert for avviket. Justeringen skal reflektere prisnivået på de opprinnelige enhetsprisene.*
- (2) Forrykkes forutsetningene for å anvende enhetsprisene, herunder som følge av omfanget eller antallet av endringsarbeider, tidspunktet for endringsarbeider eller lignende, kan partene kreve at enhetsprisene justeres for de fordyrelser eller besparelser som dette har medført.*

Av første ledd fremgår det at enhetsprisene skal legges til grunn også der endringsarbeidet er i det vesentlige likeartet med ytelsene det er avtalt enhetspriser for. Ordlyden tilsier at det må dreie seg om små avvik. Når ytelsene bare i det vesentlige er likeartede, kan det like vel foreligge forskjeller som påvirker kostnadene ved ytelsene. Begge parter kan da kreve enhetsprisene justert for avviket. Med andre ord legges de opprinnelige enhetsprisene til grunn også her, og utgangspunktet er således fast.

Som det fremgår av bestemmelsen skal justeringen reflektere prisnivået på de opprinnelige enhetsprisene. I følge Kolrud m.fl. ligger det i dette at en justering ikke kan brukes til å korrigere en uheldig priset kontrakt. Det sies videre at ”[h]ar byggherren måttet akseptere et høyt prisnivå, skal det gi seg utslag også ved justeringene og vise versa<sup>56</sup>”. Man kan se for seg en situasjon der entreprenøren har priset en ytelse lavt, og der denne ytelsen endres slik at enhetsprisen må justeres. Et spørsmål blir da om også den justerte enhetsprisen skal være tilsvarende lav, slik at risikoen entreprenøren har tatt ved å prise lavt ikke flyttes ved at ytelsen endres. Kolrud m.fl. må forstås slik, og også Marthinussen m.fl. ser ut til å mene dette, men at byggherren samtidig må bære eventuelle merkostnader endringene medfører.

---

<sup>56</sup> Kolrud m.fl. s. 292.

Det resonneres som følger:

*”Så kan man tenke seg den situasjonen hvor enhetsprisen som er gitt er lav, sammenlignet med de enhetspriser som andre entreprenører har gitt. Det kan tenkes flere årsaker til dette. Enten at entreprenøren har feilkalkulert, eller at han for dette arbeidet har innehatt spesialkompetanse som har satt ham i stand til å utføre selve leggingen [av eikeparkett] mer effektivt enn andre entreprenører ville kunne gjøre. Situasjonen kan også ha vært slik at entreprenøren har vært villig til å ta spesiell risiko og derved bevisst har priset posten lavt. Spørsmålet blir da om dette får betydning for beregningen av det tillegget entreprenøren har krav på [for å legge parkett av merbau]. Prisnivået vil i et slikt tilfelle kunne hevdes å være lavt og dermed skulle også tillegget kunne gi en større justering enn det selve prisdifferansen mellom produktene skulle tilsi. Dette kan ikke være meningen med bestemmelsen. Entreprenøren har tatt en bevisst risiko ved kalkylen. Den risikoen må han vedstå seg. Endringene har han imidlertid ikke hatt mulighet til å ta i betraktning da han priset. Det vil fremstå som urimelig dersom han skal påføres ytterligere tap eller at han skal få uventet fortjeneste fordi byggherren velger å foreta endringer for deler av arbeidet. Da må hovedregelen slå igjennom. Byggherren må betale det det koster eller godskrives den faktiske besparelse”<sup>57</sup>.*

I bestemmelsens annet ledd finner vi en regel for de tilfellene der enhetsprisene kan legges til grunn, men der forutsetningene for å anvende disse svikter. Dette er sikkerhetsventilen jeg omtalte over. Bestemmelsen bruker ordet *forrykkes*, som indikerer at det må foreligge en ganske betydelig endring av forutsetningene for enhetsprisenenes anvendelse<sup>58</sup>. I bestemmelsen gis det en ikke uttømmende liste, jfr. bruken av *herunder* og *eller liknende*, over forhold som kan tilsi justeringer. Selv om listen ikke er uttømmende legger den nok føringer for hvilke tilfeller som kan medføre justering. Først nevnes omfanget eller antallet av endringsarbeider. En avtalt enhetspris vil ofte basere seg på et estimat over omfanget av ytelsen. Når dette forandres forrykkes også beregningsgrunnlaget. Eksemplet Marthinussen m.fl. gir er følgende:

---

<sup>57</sup> Marthinussen m.fl. s. 397.

<sup>58</sup> Kolrud m.fl. s. 293.

*"Om byggherren ved endringsordre eksempelvis gir pålegg om legging av 1000 m<sup>2</sup> asfalt, mens den kontraktsfestede enhetsprisen baserer seg på at det skal legges 50 m<sup>2</sup>, forrykkes grunnlaget for beregningen av enhetsprisen. Det er som oftest slik at entreprenørens enhetspris pr. kvadratmeter asfalt vil være betydelig lavere om det legges 1000 m<sup>2</sup> istedenfor 50 m<sup>2</sup>. I slike tilfeller må partene kunne kreve justering av enhetsprisen i henhold til pkt. 25.7.2."*<sup>59</sup>

Motsatt vil naturligvis være aktuelt ved en reduksjon, da kostnadene pr. enhet vil kunne gå betydelig opp. Tidspunktet for endringsarbeidene er også nevnt som et moment. Hvis en ytelse flyttes fra sommer til vinter, vil dette kunne gjøre utførelsen mer arbeids- og kostnadskrevende. Det kan for eksempel også være langt mer krevende å utføre en endring på et sent tidspunkt i byggeprosessen enn tidlig. Enhetsprisen skal i så fall justeres tilsvarende fordyrelsen eller besparelsen forutsetningssvikten har ført til.

Felles for de ovennevnte alternativer er, som vi har sett, at man tar utgangspunkt i kontraktens enhetspriser. Som Kolrud m.fl. skriver går det et sted en grense for når man kan snakke om justerte enhetspriser, og når man har fjernet seg for lang fra disse til å være innenfor bestemmelsens virkeområde. Krysser man grensen er man over i en situasjon der vederlagsjusteringen må skje etter reglene om regningsarbeider. Det samme må gjelde der enhetsprisene av ulike grunner kan være vanskelige å justere, hvilket særlig kan være tilfellet ved forrykkede forutsetninger etter pkt. 25.7.2 annet ledd.

### 5.2.3 Regningsarbeider

Dersom kontrakten ikke har enhetspriser som kan anvendes eller justeres, følger det av NS 8405 pkt. 25.8.1 og NS 8407 pkt. 34.4 at vederlagsjusteringen skal skje etter reglene om regningarbeid i hhv. pkt. 31 og 30. I NS8405 pkt. 31 heter det at

*[n]år arbeid skal utføres etter regning, skal entreprenøren ha betalt for nødvendige kostnader med å utføre arbeidet og et avtalt eller sedvanlig påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste.*

---

<sup>59</sup> Marthinussen m.fl. s. 398.

Som vi har sett kan vederlagsjustering ved reduksjoner, etter pkt. 25.8.1 første ledd, følge en tilsvarende modell for fradrag. I begrepet ”nødvendige” ligger det en klar begrensning. Entreprenøren har krav på å få betalt for den innsats som har vært nødvendig for å gjøre et faglig godt arbeide, men samtidig kan han ikke velge løsninger som er mer kostbare enn det som er nødvendig for å nå det avtalte resultat<sup>60</sup>. Det følger derfor at entreprenøren ikke har krav på dekning av den delen av sine kostnader som ikke har vært nødvendig. Hva som er nødvendig vil naturlig nok måtte vurderes konkret, men avgjøres med blick til hva en entreprenør i alminnelighet ville ha benyttet under tilsvarende forhold<sup>61</sup>. Dette gjenspeiles også i bestemmelsens annet ledd, der det heter at regningsarbeidet skal drives ”rasjonelt og forsvarlig”, hvilket peker mot en mer objektiv vurdering.

Bestemmelsen sier for øvrig ingen ting om hvilke konkrete kostnader entreprenøren kan kreve vederlag for. I følge Marthinussen m.fl. vil dette være faktiske kostnader som materiell og lønn, maskiner og verktøy, samt utgifter til rigg og drift<sup>62</sup>. Kriteriet etter ordlyden er at de har vært nødvendige for å utføre arbeidet. Dokumentasjon av kostnadene kan klart nok by på problemer, og her er det entreprenøren som har bevisbyrden. Indirekte kostnader skal dekkes av påslaget, som også skal dekke risiko og fortjeneste. Hvis ikke partene avtaler størrelsen på påslaget, skal dette etter ordlyden være sedvanlig. Av rettspraksis følger det at et sedvanlig påslag ofte ligger et sted mellom 10 og 20 % av de faktiske kostnadene<sup>63</sup>. Resultatet kan her bli et ganske annet enn ved justerte enhetspriser, der det opprinnelige prisnivået i kontrakten legges til grunn, jfr. behandlingen over.

Som vist kan vederlagsjusteringen ved endringer skje på tre måter: Etter avtale, etter enhetspriser eller etter regning. Etter å ha sett på de mest sentrale bestemmelsene for

---

<sup>60</sup> Marthinussen m.fl. s. 482.

<sup>61</sup> Frostating lagmannsrett dom av 30. september 1999 (LF-1999-252).

<sup>62</sup> Marthinussen m.fl. s. 484.

<sup>63</sup> Rt. 2003.486, Borgarting lagmannsretts dom av 05-11-1998 (LB-1997-3215) og Eidsivating lagmannsretts dom av 22-10-2003 (sak nr. 03-83 ASI-ELAG), omtalt i Marthinussen m.fl.

beregningen av vederlagsjusteringen ved endringer, skal jeg nå se på hvilke regler og prinsipper som gjelder for utmålingen av en eventuell tapserstatning.

## 5.3 Erstatning

### 5.3.1 Tapets omfang

Som gjennomgått i oppgavens første del har entreprenøren krav på erstatning for sitt økonomiske tap både ved avbestillinger og der byggherren setter en ytelse den opprinnelige entreprenøren har rett til å utføre bort til en annen entreprenør.

I NS 8405 pkt. 38.1 fjerde ledd og NS 8407 pkt. 44 tredje ledd heter det at entreprenøren har krav på erstatning for det økonomiske tapet han lider som følge<sup>64</sup> av avbestillingen. Et spørsmål som melder seg er hva det vil si at entreprenøren skal ha erstattet sitt økonomiske tap, og om dette innebærer erstatning for *ethvert* økonomisk tap som følger av avbestillingen.

Utgangspunktet er at entreprenøren skal stilles som om kontrakten ble oppfylt etter sitt innhold. Blant annet skriver Sandvik at "[d]et er altså tale om erstatning for den positive kontraktinteresse. Entreprenøren kan altså også kreve erstattet tap av den fortjeneste kontrakten ville ha gitt ham, men også annet tap avbrytelsen påfører han"<sup>65</sup>. Når det gjelder det grunnleggende skillet mellom direkte og indirekte tap i erstatningsretten, så skriver Marthinussen m.fl. at

*"[i] ordlyden benyttes terminologien "det økonomiske tapet han lider ...". Det taler for at ethvert økonomisk tap skal erstattes. Dette støttes av standardens oppbygning, som når det gjelder erstatningsspørsmål har klare begrensninger i ansvaret, men ingen tilsvarende begrensning i avbestillingsansvaret. Etter standardens kontrollansvar er det kun direkte tap, altså skade på tingen selv eller utbedringsansvaret, som kan kreves*

---

<sup>64</sup> Det er altså en forutsetning at det er årsakssammenheng mellom det aktuelle tapet og avbestillingen.

<sup>65</sup> Sandvik s. 266.



*dekket. NS 3430 pkt. 29 ble tolket slik at det skulle ytes full erstatning inkludert eventuelt indirekte tap. Dette må gjelde også for NS 8405 pkt. 38.1”.*

Hvilke poster erstatningen skal dekke er således klart. For øvrig følger det av NS 8405 pkt. 25.9 og NS 8407 pkt. 34.5 at entreprenøren også har et krav på å få erstattet eventuell avbestillingserstatning til han må betale til sine underentreprenører som følge av byggherrens avbestilling.

Størrelsen på tapet kan imidlertid være vanskelig å fastslå. Utgangspunktet er at entreprenøren har bevisbyrden for tapets størrelse, men i de sakene som ender for domstolene blir det ofte foretatt skjønnsmessige vurderinger med utgangspunkt i såkalte gjennomsnitts- eller normalbetraktninger. I Rt.2001.1288 på side 1301 uttaler førstvoterende at

*”[...] bruken av gjennomsnittsbetraktninger i rettspraksis har sammenheng med at det ikke har vært stilt særlig strenge krav til bevis for det tap anbyderen har lidt. Er det først på det rene at det er grunnlag for erstatning for den positive kontraktsinteresse, vil domstolen i stor utstrekning måtte basere erstatningsutmålingen på rent skjønnsmessige betraktninger. Dette forhindrer imidlertid ikke at domstolene må vurdere de innvendinger som i den enkelte sak blir gjort gjeldende mot å anvende gjennomsnittsbetraktninger ved erstatningsutmålingen”.*

Det sier seg selv av gjennomsnitts- eller normalbetraktninger i mange tilfeller ikke vil føre til et korrekt resultat. Hvis byggherren tar ut av kontrakten en ytelse som ville vært tapsbringende for entreprenøren, er det ingen tapt fortjeneste å erstatte. Hvis en normalerstatning da legges til grunn, får entreprenøren en fortjeneste han ellers ikke ville hatt. Dette understreker viktigheten av at de faktiske forhold vurderes.

I tillegg til de rent økonomiske interesser kan entreprenøren også ha hatt andre motiver med å inngå avtale med byggherren. For eksempel kan han ha hatt et ønske om å etablere seg i bransjen, om å skape en relasjon til den bestemte byggherren, eller et ønske om å opparbeide seg kompetanse på et bestemt fagfelt. I disse tilfellene vil entreprenøren gjerne ha priset lavere enn han ville gjort hvis han kun hadde økonomiske interesser i kontrakten.

En erstatning for den positive kontraktsinteresse vil i mindre grad hjelpe entreprenøren i disse tilfellene. Etter gjeldende rett er det imidlertid klart at denne type ideelle interesser ikke nyter erstatningsrettslig vern, og at entreprenøren selv må bære risikoen for konsekvensene.

### 5.3.2 Tapsbegrensning

Byggherrens erstatningsansvar er omfattende, men må avgrenses mot entreprenørens tapsbegrensningsplikt. Denne plikten er allmenn i erstatningsretten, og innebærer at partene lojalt må forsøke å begrense tapets omfang. Tap som kunne eller burde vært unngått ved rimelig innsats er skadevolder ikke ansvarlig for. Når byggherren avbestiller vil entreprenøren normalt få frigjort kapasitet og ressurser. Et spørsmål blir om entreprenøren da kan ha en plikt til å permittere eller omdisponere ansatte. Sandvik formulerer dette som et spørsmål om det skal gjøres fradrag for ”alle besparelser som *kunne* eller *burde* vært oppnådd”, og skriver om dette at

*”[d]et riktige her må her være at entreprenøren etter at avbestilling er foretatt, ikke lenger har rett til å disponere personell og materiell for den bortfalte del av arbeidsoppgaven, men bare har krav på kompensasjon for konsekvensene av allerede foretatte disposisjoner. I dette ligger da en plikt til å søke omdisponert ressursene, og da videre at erstatning ikke kan kreves for følgene av at slike omdisponeringer ikke er foretatt. Entreprenøren har altså heller ikke adgang til å la en nå overdimensjonert arbeidsstokk gå ubeskjeftiget for byggherrens regning, men må eventuelt redusere bemanningen. En annen sak er at han i noen tid må kunne beholde en arbeidsstyrke så langt dette er påkrevet for å kunne sikre seg nye oppdrag”*<sup>66</sup>.

Hvor stor innsats som kreves av entreprenøren fremgår ikke klart, men som Sandvik skriver må han en ”plikt til å *søke* omdisponert” og så videre. Marthinussen m.fl. mener entreprenøren har en slik plikt ”dersom de avbestilte arbeider er omfattende nok”<sup>67</sup>. Kostandene ved en eventuell omdisponeringen til andre oppdrag kan i så fall også kreves

---

<sup>66</sup> Sandvik s. 267.

<sup>67</sup> Marthinussen m.fl. s. 637.

erstattet av byggherren<sup>68</sup>. Det er ikke helt klart hvilke avgrensninger som ligger i ”omfattende nok”, men det tyder på at plikten ikke er til stede for mindre omfangsrige reduksjoner. For øvrig forutsetter bustadoppføringslova §52 tredje ledd og håndverkertjenestelova §40 annet ledd en slik plikt, og her må entreprenøren sannsynliggjøre ”at det ikkje var mogleg å oppnå ei tilsvarande fortjeneste ved oppdrag frå andre”.

Hvis entreprenøren lykkes med å omdisponere vil han redusere tapet han lider som følge av avbestillingen, og har da ikke krav på erstatning for den delen av tapet han har klart å dekke inn.

Rettskildefaktorene over tyder på at byggherren må gjøre et lojalt forsøk på å omdisponere sine ressurser, i alle fall der reduksjonen har et visst omfang. Under skal jeg se på en spesiell type tilfeller der tapet, etter gjeldende rett, ikke kan begrenses, selv om ressursene omdisponeres.

### 5.3.3 Tapt omsetningsvolum

En spesiell type tap finner vi der entreprenøren har kapasitet til å utføre ethvert prosjekt, for eksempel fordi han fortløpende kontraherer med underentreprenører ved behov, og derfor ikke kan hente inn tapet en avbestilling gir ved en dekningstransaksjon. En slik sak var oppe i Høyesterett i den såkalte Block Watne-dommen, inntatt i Rt.2003.486.

Saken stod mellom en forbrukerbyggherre og entreprenøren Block Watne, og gjaldt tvist i forbindelse med oppføringen av et ferdighus. Saksforholdet var at entreprenøren avbestilte en noe omtegnet typehus etter at prosjekteringen var ferdig, for så å inngå kontrakt med en annen entreprenør basert på de samme tegningene. Block Watne krevde erstatning for fortjenestetap. Det var bustadoppføringslova §52(3) som regulerer forholdet, der det blant

---

<sup>68</sup> Ibid.

annet heter at entreprenøren kan kreve erstatning for ”tapt fortjeneste så langt det blir godtgjort at det ikke var mogleg å oppnå ei tilsvarende fortjeneste ved oppdrag frå andre”. Førstvoterende formulerer rettsspørsmålet slik:

*”Spørsmålet saken reiser, er om det kan kreves erstatning for fortjenestetap i et tilfelle hvor avbestillingen ikke medfører redusert virksomhet eller ledighet, men tapt omsetningsvolum fordi entreprenøren ville ha utvidet virksomheten uten avbestillingen. Block Watne AS anfører således at selskapet på grunn av fleksibel kapasitet med mulighet for omdisponering av egne ansatte, innleid arbeidskraft og underentreprenører kunne ha levert Carlsens hus – og flere til om man hadde klart å få solgt flere – i tillegg til de hus selskapet leverte på samme tid. Selskapet driver aktiv markedsføring, selger alle hus det klarer å få solgt til enhver tid, avslår aldri forespørsler fra kunder og klarer å tilfredsstille kundenes krav til fremdrift mv.”<sup>69</sup>*

Ustadheim og Borge oppsummerer Block Watnes resonnement slik: ”Når kunde nr. 2 bestiller et hus, så ville han ha gjort det uavhengig av om kunde nr. 1 avbestiller. Siden Block Watne kunne ha bygget begge husene (og flere til) kommer ikke kunde nr. 2 i stedet for, men i tillegg til kunde nr. 1. Enhver avbestilling medfører da et omsetningstap”<sup>70</sup>.

Fire av fem dommere i høyesterett tilkjente Block Watne erstatning for tapt omsetningsvolum.

Selv om dommen tar utgangspunkt i bustadoppføringslovens bestemmelser, uttales det mer generelt at ”[a]nvendelsen av alminnelige erstatningsutmålingsprinsipper om at entreprenøren skal holdes skadesløs, leder til at også fortjenestetap ved økt omsetning kan kreves erstattet. Entreprenøren skal holdes skadesløs og ikke sitte igjen med mindre inntekt enn han ville ha hatt om avbestillingen ikke hadde skjedd. Ved volumøkning vil avbestillingen medføre mindre fortjeneste, og dette fortjenestetapet kan kreves erstattet

---

<sup>69</sup> Rt.2003.468 avsnitt 28.

<sup>70</sup> Ustadheim og Borge s. 597.

dersom de øvrige vilkårene er oppfylt”<sup>71</sup>. Sitatet er svært generelt formulert, hvilket tilsier at rekkevidden av regelen er stor.

Også før Høyesterett tok stilling til spørsmålet var denne løsningen forfektet i juridisk teori, for eksempel hos Lilleholt<sup>72</sup>. Som Mestad skriver kan dommen være grunnlag for en generell regel<sup>73</sup>, og «[i] forhold til avbestillingsoppgjer under NS8405:2008 vil ein iallfall måtte halde oppe det resonnementet som Høgsteretts fleirtal la til grunn. I standarden er ordlyden utan avgrensing fastsett til ”det økonomiske tapet” entreprenøren lir”<sup>74</sup>.

Dommen er like vel omdiskutert i teorien, både hos Mestad og hos Ustadheim og Borge, men det er først og fremst fortolkningen av bustadoppføringslovas bestemmelser som kritiseres. Den generelle regelen som oppstilles, og som vil gjelde ved erstatning etter standardene, ser ut til å bli akseptert.

#### **5.4 Oppgjør for utført arbeid og erstatning.**

Der byggherren avbestiller etter at arbeidet er påbegynt, har entreprenøren både utført et arbeid han har krav på vederlag for, og han skal ha erstatning for tapet han lider som følge av avbestillingen. Hvordan oppgjøret da skal foretas er ikke direkte regulert i standardene.

I NS 8405 pkt. 38.1 fjerde ledd og NS 8407 pkt. 44 tredje ledd heter det at entreprenøren har krav på erstatning for det økonomiske tapet han lider som følge av avbestillingen. Dette kan se ut til å samsvare med reguleringen i kjøpslovens §52 annet ledd annet punktum, der det ved avbestilling av et tilvirkningskjøp kun skal betales erstatning. Spørsmålet er om det også etter standardene skal foretas et samlet erstatningsoppgjør for hele kontrakten, eller

---

<sup>71</sup> Rt.2003.468 avsnitt 31.

<sup>72</sup> Lilleholt, s. 69.

<sup>73</sup> Mestad s. 340.

<sup>74</sup> Mestad s. 341.

om det skal foretas et todelt oppgjør der entreprenøren mottar vederlag for det allerede utførte arbeidet, og erstatning for tapet han lider.

Hovedregelen for betaling etter standardene er at det skal foretas fremdriftsbetaling<sup>75</sup>. Entreprenøren får da betalt etter hvert som utførelsen av arbeidet skjer. Når en avbestilling kommer, kan entreprenøren både ha opparbeidet et vederlagskrav, og han kan allerede ha fått utbetalt vederlag på grunnlag av det utførte arbeidet. Dette tilsier at det av praktiske hensyn skal foretas et todelt oppgjør.

Spørsmålet er behandlet forholdsvis grundig i teorien. Marthinussen m.fl. legger det todelt oppgjør til grunn, og skriver at "[i] tillegg til å få betalt for utførelsen på vanlig måte, har entreprenøren ved avbestilling krav på avbestillingserstatning. Partene må gjennomføre en overtakelsesbefaring for å avklare hva entreprenøren har utført og derved har krav på betaling for, og hva som reelt sett er avbestilt"<sup>76</sup>. Standpunktet blir ikke ytterligere begrunnet, men regelen som oppstilles er klar.

Mestad mener også at det bør gjennomføres et todelt oppgjør dersom avbestilling skjer etter at noe arbeid er utført, men går lenger i å problematisere grunnlaget for slutningen. Han referer til at Sandvik la denne løsningen til grunn i kommentarutgaven til NS 3401, altså før avbestilling var regulert i standarden<sup>77</sup>. Det Sandvik skriver er at "[v]ed avbestillingen bortfaller entreprenørens rett til vederlag for de ytelser som ikke er prestert på avbestillingstiden. Men samtidig består kontrakten som grunnlag for en rett til erstatning som økonomisk stiller entreprenøren i samme stilling som om han hadde fått fullføre arbeidet"<sup>78</sup>. Mestad trekker også frem en rekke andre argumenter for at det skal foretas et todelt oppgjør:

---

<sup>75</sup> NS 8405 pkt. 28.1 og NS 8407 pkt. 27.2.1.

<sup>76</sup> Marthinussen m.fl. s. 635.

<sup>77</sup> Mestad s. 337-38.

<sup>78</sup> Sandvik s. 266.

*”Vidare føreset pkt. 38.1 femte ledd at det skal skje overtaking, iallfall der andre skal utføre arbeid som opphavleg låg inne i kontrakten. Når det skjer overtaking, har entreprenøren krav på sluttoppgjør, jf. Pkt. 33. Det ville være uryddig om overtaking ikkje skulle skje også i andre tilfelle av avbestilling. I reguleringa av oppseiing av kontrakten etter pkt. 38.2 er det fastsatt at entreprenøren skal ha vederlag ”for det som er utført”, som òg må omfatte det som er tilført av materialar. Denne avslutningsmåten for kontrakten er betre og meir utførleg regulert enn avbestilling. Det må òg tale for at avbestilling, som i forhold til utført arbeid liknar sterkt på oppseiing, skal ha eit todelt oppgjør. Endeleg kan ein leggje vekt på at dette er løysinga etter bustadoppføringslova. Ingen ting skulle tilseie at den ordninga er boren oppe av særlege forbrukaromsyn. Den må gjelde som generell entreprisedakgrunnsrett”<sup>79</sup>.*

Samlet sett peker rettskildene klart i retning av at det skal foretas et todelt oppgjør. Selv om spørsmålet ikke er regulert i standardene, passer løsningen godt overens med standardenes system for både fremdriftsbetaling og overtagelse.

---

<sup>79</sup> Mestad s. 338.

## 6 Litteraturliste

Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold*. Universitetsforlaget, 1997.

Borge, Henning og Ustaheim, Håkon. *Erstatning for tapt omsetningsvolum ved avbestilling og heving - Høyesteretts dom i Rt. 2003 s. 486 i Lov og Rett nr. 10/2003*.

Kolrud, Helge Jakob m.fl. *NS 8405 Kommentirutgave*. Universitetsforlaget, 2004.

Lilleholt, Kåre. *Avtale om ny bustad*. Universitetsforlaget, 2001.

Marthinussen, Karl m.fl. *NS 8405 med kommentarer*. Gyldendal Akademisk, 2010.

Mestad, Ola. *Avbestilling i Entrepriisekontrakter*. I Barbo, Jan Einar og Simonsen, Lasse (red.). *På rett grunn. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriiserett*. Gyldendal Akademisk, 2010.

Sandvik, Tore. *Kommentarer til NS 3401*. Universitetsforlaget, 1977.